

La Coutume en Droit des Gens

d'après

la Jurisprudence de la C.P.J.I.

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 5 décembre 1935, à 15 heures

PAR

Jean HAEMMERLÉ

Diplômé de l'Institut des Sciences politiques

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. LALOUEL, professeur.
Assesseurs . . .	TEITGEN, agrégé.
	GROS, chargé de cours.

NANCY

IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage
1935

La Coutume en Droit des Gens

d'après

la Jurisprudence de la C.P.J.I.

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 5 décembre 1935, à 15 heures

PAR

Jean HAEMMERLÉ

Diplômé de l'Institut des Sciences politiques

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. LALOUEL, professeur.
Assesseurs . . .	TEITGEN, agrégé.
	GROS, chargé de cours.

NANCY

IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage

1935

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen: M. SENN (*, 𐌹, 𐌺 I).

Doyens honoraires: MM. F. GÉNY (C *, 𐌹 I) MICHON (*, 𐌹 I).

Professeurs honoraires:

MM. MAY (*, 𐌹 I).

ROLLAND (𐌹 I).

MOREL (𐌹 I).

GÉNY (F.) (C *, 𐌹 I).

RENARD (𐌹 I).

Maître de conférences honoraire: M. MÉLIN (𐌹 I), docteur en droit.

MM. GÉNY (C *, 𐌹 I), professeur de Droit privé.

MICHON (*, 𐌹 I), professeur de Droit romain.

BROCARD (*, 𐌹 I), professeur d'Economie politique.

SENN (*, 𐌹, 𐌺 I), professeur de Droit romain.

HENRY (*, 𐌹 I), professeur de Droit criminel.

KRÖLL (𐌹 I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUËL (𐌹 I), professeur de Droit international public.

LESCOT (𐌹 I), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (𐌹 I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (𐌹, 𐌹 I), professeur de Droit civil.

TROTABAS (𐌹, 𐌹 A), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

PARISOT, (𐌹 I), professeur de Droit civil.

F. DE MENTHON (𐌹 A), professeur d'Economie politique.

DURAND, agrégé de Droit privé.

MARCHAL, agrégé d'Economie politique.

TEITGEN, agrégé de Droit public.

GROS, docteur en droit, chargé de cours de Droit public.

BERTRAND (𐌹 I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



A MES PARENTS



INTRODUCTION

§ 1. — LE PROBLÈME DE LA COUTUME EN DROIT DES GENS

Le trait le plus caractéristique de l'évolution actuelle du Droit des gens est incontestablement la substitution de l'idée de solidarité et d'entr'aide internationales à la notion périmée d'indépendance étatique absolue. L'activité des hommes et des Etats ne se cantonne plus derrière des barrières artificielles. Sous l'empire des nécessités de la société internationale les groupements humains liés par des intérêts communs, sont inévitablement poussés les uns vers les autres et entretiennent des relations constantes et forcées. Mais la nécessité de ces rapports ne suffit pas à en assurer la stabilité; la création d'un Droit s'impose : *Ubi societas, ibi jus*. Peut-être l'idéal serait-il d'avoir une législature universelle, émanant de tous les pays et ayant pour but la création ou la codification des lois internationales; mais cette législature n'existe pas, et, d'ailleurs, par une intervention prématurée elle risquerait de fausser le développement naturel du Droit. Si bien que pour fixer le Droit international on ne peut réellement compter que sur **la coutume** qui, spontanément nous fait apparaître les exigences qu'impose la vie commune et, grâce à

sa souplesse s'adapte sans secousses aux nécessités changeantes du milieu social. Avant de tenter une systématisation des lois internationales il faut donc, au préalable, se livrer à un « **examen de la manière dont les coutumes prennent consistance et peuvent être considérées comme constituant des règles dominant les rapports internationaux** » (1). Voilà le problème essentiel que pose actuellement le Droit international.

§ 2. — INSUFFISANCE DE LA DOCTRINE;
LES PRINCIPALES THÉORIES

Ce problème, la Doctrine ne l'a pas entièrement résolu. S'appuyant sur le principe d'après lequel le droit découle de la volonté de l'Etat, certains auteurs trouvent l'explication de la règle coutumière dans la *volonté* de l'Etat de se soumettre à cette loi. Au nom du même principe d'autres auteurs estiment que le fondement du caractère obligatoire de la coutume réside non pas dans la volonté individuelle d'*un* Etat mais dans l'accord tacite des volontés *des* Etats, accord tacite se manifestant par la répétition d'une manière constante d'agir. C'est la doctrine actuellement en faveur en Allemagne et aussi en Italie où elle est professée par M. ANZIOTTI.

Selon d'autres auteurs, disciples de SAVIGNY, tels KRABBE en Hollande, ROMANO en Italie, la coutume ne résulte pas de l'intention d'établir une règle déter-

(1) Opinion dissidente de M. le juge NYHOLM dans l'affaire du *Lotus*. P.C.P.J.I., A10, p. 96.

minée et de s'y soumettre, mais de *la conviction qu'on est tenu de l'observer*, le vrai support de la coutume se trouvant *dans la conscience juridique collective*, dans la conviction commune que telle règle est juste.

Une autre conception ne voudrait voir imposer à un Etat que les coutumes qu'il a lui-même reconnues, l'unanimité des Etats, selon les uns, la simple généralité, selon d'autres, étant indispensable pour créer une règle coutumière obligatoire.

Sans même citer ici les conceptions influencées par des considérations immédiates et politiques, telles que le désir d'étendre ou de limiter les droits des Etrangers, il nous suffit de considérer les différentes théories que nous avons envisagées pour reconnaître que si respectables qu'elles soient du point de vue doctrinal, elles ne nous sont pourtant pas d'un grand secours pour la détermination exacte de ce qu'est, en fait, la coutume internationale. Car pour nous, un système juridique ne se justifie vraiment qu'en tant que mode d'expression d'une situation de droit répondant à la réalité : le cadre ne doit pas être préétabli et déterminer la place et l'orientation du contenu. Or, certains auteurs veulent imposer à la coutume un statut bien défini en négligeant les manifestations effectives du régime sous lequel elle est pratiquement traitée. C'est contre cette tendance que nous voudrions réagir en faisant apparaître la Coutume telle qu'elle est conçue et façonnée par l'organe qui indéniablement a le plus d'autorité pour appliquer les règles internationales en vigueur : la Cour permanente de justice internationale de La Haye.

§ 3. — VALEUR DES ENSEIGNEMENTS
TIRÉS DE LA JURISPRUDENCE DE LA C. P. J. I.

Sans doute, d'autres organes ont également qualité pour faire régner la justice dans l'ordre international ; et eux aussi n'hésitent pas à faire appel à la coutume pour trancher les litiges qui leur sont soumis. Bien des différends internationaux sont traités par la voie diplomatique et l'étude de la correspondance diplomatique montre que les Gouvernements invoquent fréquemment à l'appui de leur thèse telle ou telle règle coutumière.

A l'inverse, la coutume internationale peut inspirer des textes de Droit interne : « Les règles du Droit des Gens généralement reconnues s'appliquent comme élément obligatoire du Droit de l'Etat allemand » disait la Constitution de Weimar et la Constitution espagnole du 9 novembre 1931 affirme dans son article 7 que « l'Etat espagnol observera les normes universelles en Droit international en les incorporant dans son Droit National ».

La Cour d'Arbitrage de La Haye se réfère très souvent à la Coutume. Dans la sentence du 9 avril 1928, rendue entre les E. U. A. et les Pays-Bas, à la suite d'un différend relatif à la souveraineté sur l'île des Palmes, c'est au *Droit Coutumier général* que fait appel la Cour d'Arbitrage pour dégager et formuler les règles de Droit international sur l'acquisition des territoires sans maître.

Enfin les Tribunaux de Prises maritimes font également une large application du Droit Coutumier.

En France, le Conseil des Prises pouvant invoquer les dispositions précises de vieux textes toujours en vigueur s'appuie sur *le principe traditionnel de notre Droit* (2). La célèbre loi des vingt-quatre heures bien définie dans différents textes, est invoquée par le Conseil des Prises en tant que *règle constante et traditionnelle de notre Droit*. La règle « toute prise doit être jugée » est d'origine coutumière (3) et il en est de même de la plupart des règles de la guerre maritime. Une décision du 3 avril 1925 rendue par le Tribunal Arbitral Mixte Greco-Bulgare déclare : Quoique les textes de la II^e Conférence de la paix à La Haye et la déclaration de Londres de 1909 n'obligent pas la Bulgarie, ces textes doivent être pris en considération dans la mesure où ils reproduisent *des principes du Droit Coutumier* en matière de guerre maritime (4). Dans la célèbre affaire Paquete Habana le juge américain des prises maritimes a appliqué au cours de la guerre hispano-américaine, une coutume européenne.

La correspondance diplomatique, la législation et la jurisprudence nationales, les sentences de la Cour d'Arbitrage, les décisions des juges des prises, peuvent donc nous fournir des indications très utiles sur la valeur obligatoire de telle ou telle règle de Droit Coutumier, il n'en est pas moins certain que la jurisprudence de la Cour, née du choc d'une masse considérable d'idées et de principes agités devant la plus

(2) REUTER, Etude de la règle « Toute prise doit être jugée ». Thèse Nancy, 1933.

(3) REUTER, *Op. cit.*, p. 146.

(4) Recueil des décisions des T.A.M., 7^e année, p. 39.

haute juridiction internationale, par les compétences les plus notoires de tous les pays du monde, constitue pour tout esprit impartial (5) un enseignement d'une valeur juridique et d'une portée internationale absolument indéniables.

§ 4. — PLAN

Mais l'intervention de la Cour s'est déjà produite en des domaines très variés et cet enseignement, si riche soit-il, ne s'offre pas spontanément; il doit être dégagé de l'abondante et précieuse jurisprudence élaborée à La Haye. C'est le travail auquel nous nous sommes livré dans la première partie de notre étude où le lecteur peut être assuré de trouver exposés en toute objectivité, et dans l'ordre chronologique des avis et des arrêts, *tous les cas* où la Cour Permanente a eu l'occasion de se prononcer d'une manière ou d'une autre sur l'important problème qui nous occupe ici. Dans le cadre indispensable à l'exposé des affaires que nous avons retenues, nous avons voulu, non pas, placer un commentaire de telle ou telle espèce, mais uniquement *mettre en relief la Coutume telle que les avocats l'ont invoquée et dans les termes même où la Cour l'a traitée*. Toutefois un tel exposé ne se suffit pas à lui-même. Par son objectivité, par la sécheresse voulue de sa présentation il ne constitue que l'assise d'une entreprise plus audacieuse où doivent être mises

(5) M. A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, estime qu'il est de son devoir de dire que « la Cour est une institution inutile, peut-être même dangereuse ». Essai critique sur la justice internationale. R.G.D.I.P., 1934, p. 148.

en œuvre les connaissances acquises. C'est là, certes, une œuvre de grande envergure; cependant, sans aucune prétention, nous avons voulu, dans la deuxième partie de notre étude, apporter à la réalisation de cette vaste entreprise, la modeste contribution de notre effort.

PREMIÈRE PARTIE

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

**Recueil des arrêts, ordonnances et avis
consultatifs relatifs à la Coutume
1922-1935 (avis consultatif du 6 avril inclus)**

Avis n° 2 - O. I. T. - Travail agricole Compétence - 12 août 1922 [B2] (6)

« La compétence de l'Organisation internationale du Travail s'étend-elle à la réglementation des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture ? »

L'Organisation internationale du Travail par l'organe de M. Albert Thomas réclame cette compétence que lui dénie notamment le Gouvernement français.

La thèse de l'incompétence fait valoir que les principes généraux énoncés à la Partie XIII du Traité de Versailles sont inapplicables à l'agriculture et que

(6) En tête de chaque espèce figurent : le numéro de l'arrêt ou de l'avis, sa dénomination, la date à laquelle il a été rendu et la numérotation des Publications de la Cour : Série A : Arrêts et ordonnances ; série B : Avis consultatifs ; série C : Plaidoiries et documents. Le 21 février 1931, la Cour a adopté une nouvelle rédaction de l'article 65 de son règlement, prévoyant le groupement en une série unique A-B des arrêts, ordonnances et avis consultatifs, les plaidoiries et documents étant toujours réunis dans la série C.

d'autre part les mots français « industrie », « industriel » qui se trouvent dans le texte français de certains articles s'appliquent dans l'usage courant à l'industrie manufacturière et non à l'agriculture.

La Cour recherchant le sens exact de ces termes dans le Traité envisagé dans son ensemble et non sur la base de quelques phrases détachées, arrive à cette conclusion que le travail agricole est bien inclus dans la Partie XIII. Toutefois, estimant devoir justifier sa conviction par d'autres considérations, elle fait appel à deux précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce. « Il n'est pas » dit-elle (B 2 p. 40) « un seul des arguments invoqués en faveur de la thèse de l'incompétence en matière agricole qui ne puisse être employé avec une force égale à l'appui de l'incompétence en matière de navigation et de pêche... La conférence internationale du Travail eût à s'occuper lors de sa deuxième session presque exclusivement des marins. C'est aussi à cette session qu'une recommandation fut adoptée le 30 juin 1920 visant la limitation des heures de travail dans l'industrie de la pêche. **Et l'on a jamais prétendu** que ces deux industries importantes, où l'une d'entre elle, ne soient pas de la compétence de l'Organisation internationale du Travail ».

Arrêt n° 1 - Wimbledon - 28 juin 1923 [A1]

C'est dans cette affaire que pour la première fois dans les annales juridictionnelles internationales la Cour est saisie par voie de requête unilatérale. Une

société française affrète un vapeur anglais, le *Wimbledon* chargé de munitions à destination de la Pologne. Le 21 mars 1921 ce navire se présente à l'entrée du canal de Kiel; mais le Directeur du Mouvement du canal refuse de lui livrer passage, invoquant les ordonnances allemandes sur la neutralité, ordonnances promulguées à l'occasion de la guerre Russo-Polonaise, et interdisant le passage en territoire allemand de convois d'armes à destination d'un belligérant. Le *Wimbledon* doit alors gagner la Pologne par les détroits danois. Or, aux termes de l'article 380 du Traité de Versailles « le Canal de Kiel et ses accès seront toujours libres et ouverts sur un pied de parfaite égalité aux navires de guerre et de commerce de toutes les nations en paix avec l'Allemagne ». Dès lors, le *Wimbledon*, appartenant à une nation à ce moment en paix avec l'Allemagne, les gouvernements de France, de Grande-Bretagne, d'Italie et du Japon demandent à la Cour de dire et juger que c'est à tort que les autorités allemandes ont refusé le 21 mars 1921 au vapeur *Wimbledon*, le libre accès du Canal de Kiel et que le gouvernement allemand sera tenu à la réparation du préjudice subi de ce chef par ledit navire. De part et d'autre il est reconnu que la base de la discussion se trouve dans l'article 380 du Traité de Versailles.

M. le professeur BASDEVANT, au nom du gouvernement français, constate qu'en vertu de l'article 380 le Canal de Kiel et ses accès seront libres et ouverts aux navires des Nations en paix avec l'Allemagne, et qu'ils le seront « toujours », c'est-à-dire en tous

temps, sans distinguer entre le temps de paix, le temps de guerre et le temps de neutralité. D'ailleurs les obligations de neutralité de l'Allemagne ne sont pas susceptibles de mettre en échec l'application de la règle du libre passage posée par l'article 380. « On a jamais prétendu » dit-il (C 31, p. 188) « que l'Etat riverain, en vertu des soi-disant droits inaliénables et imprescriptibles qu'il a sur ses eaux territoriales, pût y interdire le transit de munitions effectué sur des navires étrangers » Le Droit des gens n'impose pas pareille obligation à un Etat neutre. Le *Mémoire français* en trouve la preuve dans l'article 7 de la Convention V de La Haye du 18 octobre 1907, article selon lequel « Une puissance neutre n'est pas tenue d'empêcher l'exportation ou le transit, pour le compte de l'un ou l'autre des belligérants, d'armes, de munitions, et, en général de tout ce qui peut être utile à une armée ou à une flotte ». Et cette disposition de l'article 7, reproduite mot pour mot dans la Convention XIII *ne fait qu'exprimer le Droit des gens consacré par la Coutume*. Le Contre Mémoire allemand cherche alors à jeter quelque incertitude sur la teneur et la validité de cette règle coutumière « L'histoire de l'article 7 de la V^e Convention » dit-il (C 3, Vol. supplém., pp. 48-49) « laisse entrevoir » que cette disposition « ne saurait être considérée comme principe absolument fixe du droit des gens » ; cette disposition « a souvent été attaquée dans la littérature » et un désir exprimé à la Conférence de Barcelone « prouve également que sur ce point le droit des gens n'a pas encore fini d'évoluer ». Le

Mémoire français amené à justifier son affirmation montre que ce principe du droit des gens ne repose pas sur un terrain aussi mouvant que le prétend le gouvernement allemand (C 3, Vol. supplém., pp. 91-92). « Le rapport du Colonel BOREL sur la Convention V justifie l'article 7 par de solides raisons théoriques et pratiques sans émettre aucun doute sur sa valeur.... De son côté le rapport de M. Louis RENAULT sur la Convention XIII s'appuie directement sur *la pratique établie* pour justifier la même disposition montrant ainsi qu'on est bien autorisé à y voir une *règle coutumière* : « *la pratique s'est... formée en ce sens qu'un Etat neutre n'est pas tenu d'empêcher l'exportation d'armes ou de munitions destinées à l'un ou à l'autre des belligérants, que ce soit pour une armée ou pour une flotte* ». Dans les deux conventions cet article n'a provoqué aucune réserve, soit à la signature, soit à la ratification. Les commentateurs les plus autorisés l'ont approuvé et justifié. *La pratique s'y est conformée* (7).. La Commission de juristes réunie à La Haye en décembre 1922, a consacré la même règle pour la guerre aérienne (8). Enfin, dans un récent exposé du droit en vigueur, un auteur allemand a purement et simplement indiqué qu'une Puissance neutre

(7) Voir notamment la circulaire du département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique du 15 octobre 1914 et la réponse du Gouvernement américain au Gouvernement austro-hongrois du 12 août 1915. FAUCHILLE, *La Guerre de 1914. Recueil de documents intéressant le droit international*, I, 269, et II, 90 et s.

(8) Article 45 : « Sous réserve des dispositions de l'article 46, une puissance neutre n'est pas tenue d'empêcher l'exportation ou le transit, pour le compte d'un belligérant, d'aéronefs, de pièces détachées ou de matériel, fournitures ou munitions pour aéronefs ». L'article 46 vise le cas de l'aéronef en état de perpétrer une attaque.

n'était pas tenue d'empêcher l'exportation ou le transit d'armes ou de munitions à destination d'une Puissance belligérante » (9). Et le Mémoire français de conclure : on n'est donc pas ici sur un terrain mouvant.

De son côté, Sir Cecil HURST rappelle (C 3, I, p. 268) qu'on a reconnu que la construction du Canal de Kiel constituait au point de vue de la navigation un grand bienfait pour l'humanité et que le nouveau Canal était comparable en petit à ceux de Suez et de Panama. Il montre que l'analogie entre le régime de ces trois canaux est telle que pour la rédaction de l'article 380 du Traité de Versailles on s'est servi des termes même employés dans la Convention du Canal de Suez. Aussi, ajoute-t-il « Si les auteurs du Traité de Versailles ont employé les mêmes mots, c'est qu'ils ont voulu établir pour le Canal de Kiel un régime semblable à celui qui existe pour les autres grandes Voies maritimes... [Or] la Convention Hay-Pauncefote ainsi que celle de Suez accordent l'une et l'autre le droit de passage, non seulement aux navires de guerre mais aussi aux transports, aux navires de contrebande... Lors de la guerre russo-japonaise de 1904 il n'y a pas eu de question de neutralité qui n'ait été soulevée concernant le Canal de Suez et cependant jamais, autant que je sache, on n'a songé à arrêter le passage de contrebande de guerre pendant la durée des hostilités. Si on l'avait fait, on aurait certainement provoqué des protestations de la part des parties intéressées. *Pour déterminer une*

(9) Strupp Gründzuge des positiven Völkerrecht, Bonn, 1921, p. 223.

règle de Droit international, la meilleure chose à envisager est la pratique, puisque c'est sur elle que se fonde le Droit international. Si pour une grande voie maritime par laquelle on transporte de la contrebande on n'a jamais songé à déclarer comme contraire à la neutralité un transport de contrebande; si, d'autre part, nous constatons une identité de langage dans la convention établissant le régime du Canal de Suez et dans les dispositions du Traité de Versailles établissant celui du Canal de Kiel, la Cour se rendra compte de l'importance que présentent ces circonstances dans le cas qui nous occupe : l'empêchement mis au passage du Wimbledon ».

M. ITO, représentant du Gouvernement Japonais montre à son tour que la Cour appelée à interpréter un acte international est fatalement amenée à s'inspirer de la tendance du Droit des gens moderne en faveur de la liberté de la navigation. « Le Droit international est arrivé », dit-il (C 3, I, p. 291) « par une évolution lente mais sûre à reconnaître le principe de la libre navigation pour un grand nombre de voies d'eau et la tendance est d'élargir le nombre de ces voies... La thèse que nous soutenons ici au sujet du Wimbledon est donc conforme à ce *grand principe du Droit des gens moderne de la libre navigation des voies d'eau*. Ce principe est l'un des *principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*... tandis que la thèse que soutient l'Allemagne méconnaît entièrement ce principe juridique et historique de la liberté de navigation ».

Le Gouvernement allemand soutient essentiellement que l'article 380 du Traité de Versailles met à sa charge une servitude de droit international; cette servitude devant être interprétée restrictivement, elle ne saurait priver l'Allemagne de l'exercice de ses droits de Puissance neutre en temps de guerre. Or, en temps de guerre l'Etat neutre n'est point obligé de permettre l'exportation et le transit de la contrebande. Par conséquent les autorités allemandes étaient en droit de refuser au vapeur *Wimbledon* le passage à travers le Canal de Kiel.

Arrêt de la Cour [AI, p. 25].

« On a... prétendu que la concession générale du droit de passage aux navires de toutes Nationalités dans le Canal de Kiel ne saurait priver l'Allemagne de l'exercice de ses droits de Puissance neutre en temps de guerre et l'obliger à laisser passer, dans ce canal, les transports de contrebande destinés à l'un des belligérants... Une telle allégation n'a pas déterminé la conviction de la Cour... **Elle est contredite par une pratique internationale constante** en même temps qu'elle est contraire à la lettre de l'article 380... On a cité devant la Cour les règles qui ont été établies pour les Canaux de Suez et de Panama. Ces règles ne sont pas identiques dans les deux cas; mais elles présentent une égale importance, en ce qu'elles démontrent que l'usage des grandes voies internationales, soit par des navires de guerre belligérants, soit par des navires de commerce belligérants ou neutres, chargés de contrebande de guerre ne doit pas être considéré comme

étant incompatible avec la neutralité de l'Etat riverain... En fait, sous ce régime (10) et en maintes circonstances, des navires de guerre belligérants et des navires chargés de contrebande ont pu librement passer par le Canal et nul n'a jamais considéré qu'il y eût dans un tel passage une violation de la neutralité ottomane ». De même pour le Canal de Panama durant la guerre de 1914-1918: « Il n'a jamais été prétendu (A I, p. 28) que la neutralité des Etats-Unis avant leur participation aux hostilités ait été en aucune manière compromise, du fait de l'usage du Canal de Panama par des navires de guerre belligérants ou par des navires de commerce belligérants ou neutres portant de la contrebande de guerre. **Les précédents des Canaux de Suez et de Panama** constituent déjà un désaveu anticipé de la thèse d'après laquelle la neutralité de l'Allemagne aurait été nécessairement en péril si ses autorités avaient livré passage au *Wimbledon*, dans le Canal de Kiel, à raison du fait que ce navire transportait de la contrebande de guerre, à destination d'un Etat alors engagé dans un conflit armé. **Ils ne sont d'ailleurs que la manifestation de l'opinion générale** suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle mettant en communication deux mers libres, a été affecté d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels, en ce sens que le passage même d'un navire de guerre belligérant ne compromet pas la neutralité de l'Etat souverain sous la juridiction duquel se trouvent les eaux dont il s'agit ».

(10) Le régime du canal de Suez, établi par la Convention de Constantinople du 29 octobre 1888.

Avis n° 12 - Frontière turquo-iraquienne
21 novembre 1925 [B12]

La question de la frontière entre la Turquie et l'Irak doit être réglée par un arbitrage. Mais des difficultés ayant surgi au sujet du recours à l'arbitre le Conseil de la S. D. N., par application de l'article 3 § 2 du Traité de Lausanne est saisi du différend. A son tour le Conseil demande l'avis de la Cour sur différentes questions, notamment sur celles de savoir si la décision du Conseil de la S. D. N. doit être prise à l'unanimité ou à la simple majorité.

Le Gouvernement britannique fait valoir un certain nombre de précédents en faveur de la règle de la simple majorité (C 10, pp. 43-45). Cette règle, affirme le délégué du Gouvernement britannique, sir DOUGLAS HOGG, est nettement établie depuis 1798: entre particuliers l'unanimité des arbitres est nécessaire mais en matière publique la simple majorité suffit, car il faut absolument une solution. Cette règle reste vraie pour les arbitrages internationaux. Le précédent le plus frappant est l'arbitrage des Pêcheries d'Halifax qui intervint entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique en 1871. La Grande-Bretagne avait reconnu aux ressortissants américains un droit de pêche dans les eaux territoriales de certaines provinces du Canada. En revanche les pêcheurs britanniques jouissaient du même droit sur certaines côtes des Etats-Unis d'Amérique. Mais les privilèges accordés aux E.U.A. étant plus importants que ceux dont jouissait la Grande-Bretagne, trois arbitres furent

désignés pour fixer le montant d'une indemnité compensatrice devant être versée par les E.-U. A. à la Grande-Bretagne. Aucune disposition spéciale ne prévoyait que la décision devait être prise à la simple majorité ou à l'unanimité. En fait elle le fut à la majorité et le Gouvernement des E.-U. A. souleva alors la question de la validité de cet arbitrage. Lord SALISBURY, ministre des Affaires étrangères soutint qu'en matière d'arbitrage international la majorité des arbitres lie la minorité, à moins que le contraire ne soit expressément spécifié. Et les E.-U. A. reconnaissant la justesse de cette thèse, s'acquittèrent du montant de la somme fixée à la majorité des arbitres. Le *Mémoire britannique* cite encore d'autres précédents : l'Arbitrage de la Rivière Sainte-Croix intervenue en 1796. Là aussi, après discussion on admit que la décision était valable bien que prise à la simple majorité. De même, arbitrage intervenue entre les provinces d'Ontario et de Québec. Enfin, précédent particulièrement pertinent aux yeux du délégué britannique : arbitrage entre l'Irlande et l'Ulster au sujet d'une question de délimitation de frontière. Une Commission de cinq membres de nationalités différentes, eût à se prononcer et, à l'unanimité, le Conseil Privé Britannique, tribunal qui, la Cour permanente mise à part, se rapproche le plus d'une Cour internationale, déclara que bien qu'aucune clause ne le spécifiât, la décision de la Commission serait valable à la simple majorité.

Avis de la Cour [B12, p. 30].

« A l'appui de la thèse d'après laquelle la décision pourrait être prise à la majorité on a aussi invoqué le principe généralement admis pour les tribunaux arbitraux selon lequel ceux-ci décident, dans la règle à la majorité; principe qui serait imposé surtout par la considération que l'exigence de l'unanimité est de nature à rendre souvent impossible toute décision. La Cour a déjà exposé (11) pourquoi elle ne saurait avoir recours à des considérations et à des règles puisées dans la théorie et dans la pratique de l'arbitrage au sens restreint du mot. En particulier il y a lieu d'observer que si certaines considérations qu'a fait valoir le représentant du Gouvernement britannique peuvent être regardées comme justifiées lorsqu'il s'agit d'arbitres nommés *ad hoc* et ne constituant pas un corps permanent, elles ne sauraient par contre s'appliquer lorsque les Parties se sont adressées à un corps déjà constitué, ayant ses règles propres d'organisation et de procédure ». Et la Cour arrive à cette conclusion que la règle de l'unanimité s'impose comme naturelle, voire nécessaire. C'est bien dit-elle « la règle de l'unanimité, d'ailleurs **conforme à la tradition constante de toutes les réunions ou conférences diplomatiques** » qui a été consacrée par le Pacte.

(11) P.C.P.J.I., B12, p. 26. « Il apparaît, en effet, que d'après les arguments présentés au Conseil de part et d'autre, le règlement du litige dont il s'agit dépendrait de considérations qui du moins, pour la plupart, ne sont pas d'ordre juridique; et on ne saurait non plus, à proprement parler, considérer le Conseil, agissant en tant qu'organe de la S.D.N., comme un tribunal d'arbitres. C'est pourquoi la Cour ne croit pas devoir attacher aucune importance ni à certaines conséquences que la doctrine a voulu tirer de la notion d'arbitrage, ni à certaines règles de procédure adoptées par les tribunaux arbitraux eux-mêmes. »

Arrêt n° 8 - Usine de Chorzow
Compétence - 26 juillet 1927 [A9]

L'affaire se rattache à deux arrêts antérieurs (n° 6 et 7) à la suite desquels les gouvernements allemand et polonais étaient entrés en conversation diplomatique en vue de régler par une indemnité la question de l'usine de Chorzow, usine construite pendant la guerre et située dans la portion de Haute Silésie attribuée à la Pologne en 1919. Le gouvernement polonais avait cru devoir saisir cette usine, la considérant comme une propriété du Reich, que le Traité de Versailles lui permettait de reprendre alors qu'en réalité il s'agissait d'un bien privé. Les deux gouvernements ne réussissant pas à se mettre d'accord, le gouvernement allemand s'adresse à la Cour Permanente par voie de requête. C'est alors que la Pologne soulève une exception préliminaire contestant la compétence de la Cour « Attendu » dit-elle (C 13, I, p. 148) « que le gouvernement allemand veut fonder sa requête sur l'article 23, alinéa 1^{er} de la Convention de Genève du 15 mai 1922, lequel constitue la base unique établissant la compétence de la Cour dans les affaires de la Haute Silésie. Mais attendu que les conclusions de l'Etat demandeur visent des points non prévus par ledit article; attendu... que la Cour n'est pas compétente pour statuer dans la présente affaire. Par ces motifs... ulaise à la Cour... de déclarer incompétente ». L'article 23 de la Convention de Genève est ainsi conçu: Si des divergences d'opinion, résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22, s'éle-

vaient entre le gouvernement allemand et le gouvernement polonais, elles seraient soumises à la décision de la C. P. J. I. ».

Le gouvernement polonais soutient qu'en vertu de cet article 23 la Cour a le pouvoir de décider non pas sur tous les problèmes nés du litige, mais uniquement sur les divergences d'opinion en matière d'interprétation et d'application des articles 6 à 22 de la dite Convention; les mots « divergences d'opinion résultant... de l'application » ne visant que la question de savoir si l'application des articles 6 à 22 dans un cas déterminé est ou non exacte, à l'exclusion des divergences relatives aux réparations. M. POLITIS présentant le point de vue du gouvernement polonais montre (C 13, I, p. 35) à l'aide de la jurisprudence même de la Cour, que cette dernière a déjà nettement établi le principe de l'interprétation restrictive des textes d'où découle sa compétence. Il cite à cet effet différents attendus des arrêts n^{os} 2 et 5. Et le *Mémoire polonais* (C 13, I., p. 152) trouve la confirmation de la thèse selon laquelle la formule interprétation et application ne comprend pas la fixation d'indemnité dans d'autres textes de la Convention de Genève et dans d'autres Conventions telle que la Convention de Paris passée entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig et l'Allemagne, convention qui reconnaît expressément au Tribunal arbitral la compétence pour trancher les différends survenant « soit dans l'interprétation, soit dans l'application de la présente convention » et où un article spécial lui reconnaît une nouvelle compétence toute différente « pour se prononcer s'il y a lieu sur

les réparations à donner à la Partie lésée par la Partie qui aura été reconnue responsable d'une infraction aux dispositions de la Convention ». Puis le *Mémoire* recherche la source de cette formule « l'interprétation et l'application » et la trouve dans les conférences sur l'arbitrage obligatoire où cette expression n'a jamais visé le problème des indemnités susceptibles d'être accordées à la suite d'une infraction aux traités : « Cette distinction est formulée expressément dans de nombreux traités d'arbitrage conclus après la Conférence de La Haye (par exemple le Traité belgo-suisse du 15 novembre 1904 — le Traité hispano-danois du 1^{er} décembre 1905, le Traité belgo-russe du 30/17 octobre 1904, etc. Chaque fois que la Cour Permanente d'arbitrage a rendu une sentence sur une question de réparations à accorder, elle ne l'a fait que sur la base d'une clause spéciale du compromis par laquelle la question spéciale des indemnités était soumise à son arbitrage ».

Arrêt de la Cour [A9, p. 21].

« Aux termes de la Convention pour le règlement pacifique des différends internationaux conclue à La Haye en 1899, bien qu'aucune exception ne fût prévue dans les dispositions relatives à la justice arbitrale... l'arbitrage ne fut en aucun cas rendu obligatoire. Un mouvement actif se produisit, par la suite, en faveur de la conclusion de traités qui rendraient obligatoire le règlement arbitral des différends et qui étaient déjà prévus par l'article 19 de la dite Convention. On cons-

tata que dans la mesure où la question générale des différends d'ordre juridique entraînait en jeu, le seul moyen d'atteindre ce résultat était d'énumérer certaines catégories de questions dont la soumission obligatoire à l'arbitrage était même entourée de réserves. D'autre part, **on avait toujours reconnu, depuis la fin du XVIII^e siècle** la possibilité de conclure des accords prévoyant l'arbitrage sans réserve pour les différends d'ordre pécuniaire. Ces faits semblent en bonne logique exclure la déduction que l'on s'est efforcé d'en tirer, car ils montrent clairement que **de l'avis des gouvernements**, les différends au sujet desquels une réserve avait été jugée nécessaire, étaient précisément les différends d'ordre juridique en général et non ceux qui visaient en particulier les réclamations pécuniaires. Par suite, dire que la clause compromissoire tout en prévoyant évidemment la soumission à l'arbitrage des différends d'ordre juridique doit maintenant recevoir une interprétation restrictive excluant les réclamations pécuniaires, serait se mettre en contradiction avec **les conceptions fondamentales qui ont caractérisé le mouvement en faveur de l'arbitrage général** ». Et la Cour repousse le précédent que le *Mémoire polonais* avait tiré de la Convention conclue entre l'Allemagne et la Pologne agissant au nom de la Ville libre. « Quels qu'aient été » dit-elle (A 9, p. 23) « les motifs qui auraient amené les Parties à mentionner en termes exprès la compétence relative aux réparations à côté de celle qui a trait à l'interprétation et à l'application, le fait qu'une Convention confirme de manière expresse **la conception générale-**

ment adoptée dans les clauses compromissaires ne saurait être interprété dans ce sens que les mêmes Parties se servant dans une autre convention du langage ordinairement employé dans les conventions de ce genre, auraient voulu, par là, manifester une intention contraire à celle qu'il faut présumer en interprétant une clause compromissoire dans une convention ».

Opinion dissidente de M. le juge Ehrlich [A9, p. 37].

« En Droit international la compétence pour décider, en principe qu'une violation d'un engagement international s'est produite, et que par suite, une réparation est due, est distincte de la compétence pour établir la nature et l'étendue de la réparation en général, et notamment pour fixer le montant d'une indemnité pécuniaire... Il semble, en fait, que longtemps avant l'adoption du Pacte de la S. D. N. et du statut de la Cour *l'usage ait été établi* dans les cas où un tribunal arbitral devait s'occuper de questions relatives au montant d'une réparation ou à des modalités de paiement..., de spécifier dans le compromis ces pouvoirs du Tribunal ». Et constatant que la clause « interprétation et application » n'a pas nécessairement trait à la fixation de la nature et de l'étendue d'une réparation due pour violation d'un traité, M. EHRLICH rappelle (A 9, p. 40) que s'il faut conclure à l'existence d'une présomption il faut le faire non en faveur, mais au contraire à l'encontre de la déduction de cette compétence de l'article 23. « La présomption » dit-il « serait bien entendu détruite si l'on pouvait démontrer qu'à

l'époque de la Convention de Genève ou peu avant cette époque *on avait généralement considéré* le sens de la clause compromissoire comme étant celui que l'on a maintenant donné à cette clause. Mais rien n'a été signalé à l'attention de la Cour qui prouve de manière définitive que la clause « interprétation et application » ait été *selon la coutume des Etats* au cours du dernier quart du XIX^e siècle ou au début du XX^e jusqu'à l'époque de la Convention de Genève, considérée comme comprenant la compétence pour déterminer la nature et l'étendue de la réparation due pour la violation du Traité en question ». Néanmoins M. le juge EHRLICH reconnaît (A9, p. 42) qu' « à la suite de l'arrêt qui vient d'être rendu tout traité qui sera conclu dorénavant, et qui contiendra une clause compromissoire analogue à celle de l'article 23 de la Convention de Genève devra être interprété à la lumière de cet arrêt ».

Cette même affaire nous offre un autre enseignement : les conclusions de la requête allemande sont fondées exclusivement sur la clause juridictionnelle insérée à l'article 23 de la Convention de Genève. Or, dans son mémoire le gouvernement allemand prétend qu'au cas où la Cour se rangerait au point de vue des agents polonais (incompétence) celle-ci serait néanmoins compétente en vertu de l'article 1^{er} du Traité d'Arbitrage de Locarno (C 13, I p. 160). « Quand même d'après la thèse polonaise », dit M. KAUFMANN dans sa plaidoirie devant la Cour « l'article 23 de la Convention de Genève ne jouerait pas dans la présente affaire, il s'en suivrait indubitablement que la Cour

est compétente en vertu du Traité d'Arbitrage de Locarno ».

A ce sujet, M. POLITIS présente alors les observations suivantes (C 13 I., p. 34). « Ici se pose la question de savoir si, au cours des débats écrits, il est permis de changer la base de la requête. Votre Règlement, à la vérité, est muet sur ce point. *Mais la tradition, dans la justice internationale* est qu'il n'est pas permis de changer après coup la nature des conclusions et la base de la requête. Je considère donc que le silence de votre Règlement doit être interprété *dans le sens de la tradition de la justice internationale* et que la règle que j'indique doit y être sous-entendue ».

Arrêt de la Cour [A9, p. 19].

« Cette mention » (le Traité d'Arbitrage germano-polonais) « ... a uniquement pour but de faire valoir que selon le gouvernement allemand, une compensation extra-judiciaire entre les indemnités que pourrait allouer la Cour en la présente espèce et certaine créance qu'aurait la Pologne sur l'Allemagne ne saurait avoir lieu sans le consentement de l'autre partie... Elle ne peut donc servir à modifier la source invoquée par la Requête pour la juridiction de la Cour. A plus forte raison en est-il de même en ce qui concerne la déclaration faite oralement devant la Cour par l'agent du gouvernement allemand et aux termes de laquelle, quand même la clause compromissoire de l'article 23 de la Convention de Genève ne jouerait pas dans la présente affaire, la Cour serait compétente en vertu

du Traité d'Arbitrage de Locarno « s'il devait s'appliquer en l'espèce » ; car cette déclaration de présentation tardive, ne peut guère avoir eu d'autre objet que d'affirmer une opinion plutôt théorique en ce qui concerne l'interprétation dudit Traité. La Cour se considère donc comme saisie des conclusions qui viennent d'être indiquées uniquement en vertu de l'article 23 de la Convention de Genève ».

Arrêt n° 9 - Lotus - 7 septembre 1927 [A10]

Il s'agit d'un différend entre la France et la Turquie. Une collision s'est produite en haute mer entre le navire de commerce français le *Lotus* et un navire de commerce turc le *Boz-Kourt*. Malgré l'activité déployée par le *Lotus*, le *Boz-Kourt* coule, entraînant avec lui plusieurs membres de son équipage. A la suite de cette collision le *Lotus* fait escale dans un port turc et là les autorités judiciaires turques poursuivent pénalement le Lieutenant DÉMONS, officier de quart de ce bâtiment ainsi que le Capitaine du *Boz-Kourt*. L'action des autorités judiciaires turques à l'égard du Lieutenant DÉMONS provoque aussitôt des protestations de la part du gouvernement français et on décide de porter à La Haye ce conflit de juridiction. La Cour doit alors statuer sur les questions suivantes : (A 10, p. 5).

1° « La Turquie a-t-elle, contrairement à l'article 15 de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923, relative à l'établissement et à la compétence judiciaire, agi en contradiction des principes du Droit interna-

tional — et, si oui, de quels principes — en exerçant, à la suite de la collision survenue le 2 août 1926 en haute mer entre le vapeur français Lotus et le vapeur turc Boz-Kourt et lors de l'arrivée du navire français à Stamboul, en même temps que contre le capitaine du vapeur turc, des poursuites pénales connexes en vertu de la législation turque, contre le sieur DÉMONS, officier de quart à bord du Lotus au moment de la collision, en raison de la perte du Boz-Kourt ayant entraîné la mort de huit marins et passagers turcs ?

2° En cas de réponse affirmative, quelle réparation pécuniaire, s'il doit en résulter une selon les principes du Droit international dans des cas semblables, serait due en faveur du sieur DÉMONS ? »

La thèse du gouvernement français soutenue par M. le professeur BASDEVANT, se propose d'établir la réalité du principe de la compétence pénale du pavillon en matière d'abordage. M. le professeur BASDEVANT recherche d'abord si *selon les précédents, selon la pratique internationale* on est en présence d'un cas où la juridiction turque est compétente parce que dans l'abordage le navire qui a coulé se trouve être un navire turc. « J'interroge (C 13, II, p. 48) *la pratique internationale*. C'est dans la jurisprudence que je vais chercher les réponses... Alors que la répression pénale en matière d'abordage est au moins aussi importante que la réparation des dommages causés aux particuliers, cette question de compétence si fréquente devant les tribunaux de commerce ou les tribunaux civils... nous ne la rencontrons que très rarement dans

la jurisprudence des tribunaux répressifs; là l'exception d'incompétence n'est presque jamais soulevée. Pourquoi ? Je ne vois qu'une explication, et, vraiment, il n'y en a qu'une. C'est que tandis que les particuliers s'avisent fréquemment de poursuivre au civil, devant les tribunaux de tels pays, telle personne prétendue responsable d'un abordage, au contraire la poursuite pénale, en fait, ne se présente que devant le Tribunal dont la compétence est incontestable, à savoir le Tribunal de l'Etat du pavillon. Nul ne s'avise d'ouvrir ailleurs la poursuite pénale et par suite l'occasion de plaider l'incompétence ne se présente pas... Ce que j'ai pu constater *dans la grande généralité des cas... c'est une pratique* — si vous le voulez, négative, mais une pratique bien établie... d'après laquelle on ne poursuit pas l'auteur présumé d'un abordage dans un pays autre que celui du pavillon. *Je suis fondé à dire que cette pratique bien établie nous révèle le consensus gentium, l'opinion commune des Etats et que c'est une base suffisante pour fonder une coutume internationale.* En effet il n'est pas toujours nécessaire, pour étayer une règle de Droit international, de présenter des précédents formels. Je me souviens avoir lu une décision intéressante rendue par la juridiction des prises anglaise, le 29 octobre 1914... c'est la décision rendue dans l'affaire du *Berlin*; il s'agissait de savoir si une immunité de capture devait être reconnue aux bateaux de pêche. Sir Samuel EVANS motiva ainsi son opinion : « Je ne pense pas que dans ce pays aucune affaire ait été jugée et rapportée traitant de l'immunité de ces navi-

res comme une règle de Droit international... *mais un siècle s'étant écoulé, mon opinion est qu'on a vu s'établir suffisamment la doctrine et la coutume du Droit international* selon lesquelles les bateaux de pêche exerçant leur industrie près ou à proximité des côtes (non pas nécessairement dans les eaux territoriales) et au moyen desquels les gens courageux qui les montent gagnent leur vie, ne sont pas sujets de capture en temps de guerre aussi longtemps qu'ils se bornent aux travaux pacifiques que comporte exactement leur industrie ». Cette décision n'exige pas que l'on ait des précédents pour étayer à cet égard, la règle coutumière de droit; il suffit qu'un *consensus gentium* se soit établi, et ce *consensus* sera considéré comme s'étant suffisamment établi lorsqu'on sera en présence d'une solution, d'une manière de se conduire tellement ancrée dans l'esprit commun, dans la pratique commune, que personne ne songe à la contester. Lorsque personne ne songe à contester une solution, il n'y a pas de précédent qui se crée pour la consacrer... il n'y a pas ou il y a peu... de décisions consacrant le caractère exclusif de la compétence du pavillon en matière d'abordage puisque c'est un point qui traditionnellement n'est pas contesté ».

Et après avoir fait apparaître le peu d'autorité (à titre de précédent) des deux seules décisions laissant de côté la compétence du pavillon pour les poursuites pénales en matière d'abordage, M. BASDEVANT, de son côté, invoque des décisions judiciaires affirmant la compétence exclusive en cette matière des tribunaux du pavillon. C'est d'abord un arrêt de la Cour d'Aix

relatif à l'affaire de l'*Ortigia*. A la suite d'un abordage entre l'*Ortigia*, navire italien et l'*Oncle Joseph*, navire français, le Tribunal de Livourne avait poursuivi et condamné le capitaine de l'*Oncle Joseph*. Retenons ici cet attendu de l'arrêt de la Cour d'Aix :

« Attendu qu'il convient... d'examiner si le Tribunal de Livourne était compétent; attendu que le contraire est certain; que le prétendu délit ayant été commis en pleine mer, sous pavillon français, RENUCCI (le capitaine du navire français) n'était pas justiciable du tribunal de Livourne ».

A ce précédent M. BASDEVANT ajoute ceux de la jurisprudence anglaise et au premier plan, l'affaire du *Franconia* : il s'agissait d'un abordage imputable à un navire allemand, ayant entraîné la mort de plusieurs membres de l'équipage d'un navire anglais; la Cour des Cas réservés à la Couronne, rejette la compétence de l'Etat du navire abordé et rejette l'idée consistant à localiser l'abordage sur le navire abordé.

De même la décision rendue par M. DE MARTENS dans l'affaire du *Costa Rica Pacquet*. Le sieur CARPENTER, patron du navire britannique *Costa Rica Pacquet* s'était approprié des marchandises par lui trouvées en haute mer à bord d'une pirogue abandonnée, appartenant à des indigènes des Indes Orientales néerlandaises. Trois ans plus tard le *Costa Rica Pacquet* entre dans un port des Indes Néerlandaises; CARPENTER est arrêté et des poursuites sont intentées contre lui devant les autorités judiciaires de cette colonie. A la suite de protestations du gouvernement bri-

tannique on s'en remet à l'arbitrage de M. DE MARTENS qui décide que le capitaine anglais ne relève du point de vue pénal que des autorités anglaises. D'ailleurs dans cette affaire le gouvernement britannique s'était fondé lui aussi sur le précédent du *Franconia* et avait exposé de la manière suivante la portée de la décision rendue : « Les juges, tout en différant sur bien d'autres points, n'eurent absolument aucune hésitation à accepter l'opinion que si le *Franconia* avait été à plus de trois milles du pays, au moment de la collision, aucune Cour anglaise n'aurait été compétente selon le Droit international pour exercer la juridiction criminelle sur le capitaine allemand, dont la négligence avait causé la collision ».

D'autre part cet état du Droit positif se manifeste encore d'une manière identique, dans divers traités internationaux. Le Mémoire du gouvernement français en cite plusieurs (C 13, II, p. 206); ainsi le Traité pour la suppression du commerce des esclaves, signé par l'Autriche, la France, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie en 1841, établit le droit de visite, mais maintient expressément pour la répression, la compétence des tribunaux nationaux du bâtiment capturé.

Pour la pêche dans la Manche, un Règlement franco-britannique de 1843 autorise les croiseurs des deux pays à exercer un certain contrôle sur les pêcheurs français et anglais, mais la compétence juridictionnelle appartient exclusivement aux tribunaux du bateau poursuivi.

De même la Convention internationale relative à la

protection des câbles sous-marins dispose « que les tribunaux-compétents pour connaître des infractions à la présente Convention sont ceux du pays auquel appartient le bâtiment à bord duquel l'infraction a été commise ».

Ces différentes dispositions consacrant la compétence des tribunaux du pavillon ne sont que l'application du droit commun et elles sont invoquées par le représentant du gouvernement français, non pas comme règles à appliquer à titre de Droit conventionnel, mais en tant qu'expression de la *coutume internationale*.

« Par tout cela » conclut M. BASDEVANT (C 13, II, p. 68) « nous voyons que *sur la base des précédents*, nous sommes en présence d'un Droit positif bien établi; ce Droit positif résulte d'une part de *l'assentiment des Etats* qui est manifesté par le fait que jamais ou presque jamais, la compétence n'a été réclamée par un Etat autre que celui du pavillon du navire soi-disant abordeur; d'autre part, *cet assentiment général*, *cette coutume* résultent de cette circonstance que dans les quelques rares cas où des velléités se sont manifestées d'affirmer une compétence au bénéfice de l'Etat du navire abordé, cette prétention a été rejetée. Les décisions judiciaires l'ont écartée. Nous avons donc là vraiment un *consensus gentium*; nous avons là *les éléments d'une coutume internationale*; nous avons là l'expression du Droit positif en matière d'abordage ». Selon le gouvernement français, la prétention de la Turquie est donc condamnée par la coutume internationale.

La thèse du gouvernement turc s'appuie d'abord sur l'opinion de M. le professeur ANZILOTTI (12), selon laquelle « *la coutume internationale ne peut résulter que par des actes des Etats dans le domaine des relations internationales*. Il ne faut jamais oublier qu'il ne s'agit que de simples indices; ni des lois internes, concordantes sur une matière, ni la *auctoritas rerum similiter judicatorum* dans plusieurs Etats ne suffisent à démontrer l'existence d'une coutume internationale, car cela peut être le résultat d'une identité de vues que les Etats adoptent librement et qui peuvent changer à chaque instant. Moins que jamais peuvent suffire les opinions doctrinales, surtout si l'on rappelle qu'une grande partie des auteurs, même parmi les plus estimés, ne se sont pas préoccupés de bien déterminer le droit en vigueur en le séparant nettement de leurs idées subjectives. *On pourra considérer la coutume comme prouvée seulement lorsqu'il résultera qu'en réalité les Etats se conduisent réciproquement d'une certaine manière en ayant la conviction d'être obligés de le faire* ». Nous attendons donc », poursuit le représentant du gouvernement turc (C 13, II, p. 114) « que M. l'agent français apporte ici *la preuve de l'existence d'une coutume prohibitive* qui mette obstacle à la compétence judiciaire turque dans l'affaire du *Lotus*... Tant qu'en l'espèce on ne peut pas invoquer une coutume qui s'oppose à la compétence judiciaire turque... la Turquie usera de sa juridiction en vertu du principe de son droit de souveraineté. La Turquie ne peut être

(12) M. ANZILOTTI siège à la Cour.

liée que par une coutume prohibitive. Les cas cités dans le Mémoire français sont contraires à la jurisprudence française elle-même; ils prouvent tout au plus la divergence de vues qui existe à cet égard dans les jurisprudences des divers Etats. *Tout cela fait ressortir l'inexistence d'une coutume* et raffermir le point de vue turc. Le droit de souveraineté des Etats n'est pas si fragile qu'il puisse être brisé par de prétendus principes, invoqués par M. l'Agent français, qui n'ont pas la force d'un *consensus gentium* ». Le représentant du gouvernement turc expose ensuite qu'en vertu de ses droits de souveraineté et à l'instar de toutes les nations civilisées, la Turquie adopte les lois qui lui conviennent, pourvu qu'elles ne soient pas contraires au droit des gens. Or, il n'existe pas de règle absolue, d'après laquelle les tribunaux de l'Etat, dont le navire porte le pavillon seraient exclusivement compétents à l'effet de connaître des délits commis en haute mer à bord de ce navire. Il suffit de considérer la jurisprudence anglaise s'affirmant notamment dans l'affaire *Anderson* (13). Un marin anglais ANDERSON, avait commis un meurtre en haute mer à bord d'un navire de commerce américain. Le gouvernement américain ayant demandé son extradition, le gouvernement britannique répondit « qu'il n'était pas disposé à admettre qu'une loi attribuant compétence aux tribunaux de la Nation, de l'auteur du crime, dans le cas des crimes commis par des sujets, en haute mer, à bord d'un navire étranger, ou dans des lieux soumis à une juridiction étrangère, violât

(13) Cas cité par Hall International Law, p. 257.

aucun principe de droit des gens ou de courtoisie internationale. Il estimait au contraire que dans bien des cas, cette attribution de compétence servirait les intérêts de la justice, et se concilierait parfaitement avec ses principes. Une telle assertion de juridiction ne constituerait d'ailleurs nullement un refus de reconnaître le droit de juridiction de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction avait été commise; il ne fallait y voir que l'affirmation d'un droit de juridiction concurrente ». Le cas présent est identique et la Turquie a toute liberté d'appliquer le système de protection puisque ce système n'est contraire à aucune disposition prohibitive résultant, soit d'une coutume internationale, soit d'un texte contractuel. D'ailleurs, en fait, le système de protection est pratiqué par un grand nombre d'Etats (14) et il reçoit tous les jours une extension plus grande.

Le délégué de la Turquie fait également connaître à la Cour, l'avis émis sur la question litigieuse, par M. le professeur FEDOZZI, consulté par le gouvernement turc; il est intéressant de retenir le passage suivant (C 13, II p. 337): « si l'on voulait donner aux précédents la valeur décisive à laquelle semble prétendre le gouvernement français, tout au plus pourrait-on soutenir l'existence d'une *coutume particulière et limitée*, liant seulement les Etats-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne et la France, et *qui ne saurait être invoquée dans les rapports entre l'un de ces Etats et un Etat tiers qui n'a pas concouru à créer la coutume et ne l'a pas acceptée après qu'elle a été créée*

(14) Le contre-mémoire turc en cite dix-sept.

par les autres. M. ANZILOTTI avec sa grande autorité, a reconnu nettement l'impossibilité « d'admettre que la coutume, une fois formée, doive servir pour tous les Etats qui font partie de la Communauté internationale, indépendamment de leur volonté. En effet *on n'a aucune raison de considérer une coutume comme obligatoire à l'égard des Etats qui n'ont pas concouru à la créer ou qui n'y ont pas adhéré*, de même qu'on ne peut pas regarder comme obligatoire un traité réglementaire par rapport aux Etats qui n'y ont pas pris part ou n'y ont pas adhéré dans la suite » (15).

Et M. le professeur FEDOZZI tout en reconnaissant que les précédents tirés de la pratique des gouvernements dans leurs rapports mutuels ont plus de force pour la formation du Droit international coutumier que les textes législatifs, estime que ceux qu'invoque dans le cas présent le gouvernement français « ne sont pas suffisants pour donner lieu à une coutume ou du moins pour donner lieu à une coutume générale ».

Arrêt de la Cour [A10, p. 18 et suiv.]

« Le Droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des **usages acceptés généralement comme consacrant des principes de Droit** et établis en vue de régler la coexistence

(15) ANZILOTTI, *Il Diritto internazionale nei giudizi interni*. Bologna, 1905, pp. 286-288.

de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas... Tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le Droit international trace à sa compétence; en deça de ces limites le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté. [D'où] : la nécessité de rechercher si, oui ou non, le Droit international comporte un principe en vertu duquel il aurait été interdit à la Turquie d'exercer... des poursuites pénales contre le lieutenant DÉMONS... La recherche doit se faire **au moyen d'un examen des précédents présentant une analogie étroite avec le cas d'espèce; car c'est seulement dans les précédents de cette nature que pourrait se manifester, le cas échéant, l'existence d'un principe général applicable à l'espèce.** En effet si par exemple on trouvait que selon la pratique des Etats, la compétence de l'Etat du pavillon n'est pas consacrée comme exclusive par le Droit international pour le cas d'abordage en haute mer, il ne serait pas nécessaire de rechercher l'existence éventuelle d'une règle restrictive plus générale car, par rapport à cette règle — à supposer qu'elle existât — l'absence constatée d'une prohibition visant le cas d'abordage en haute mer, prendrait l'aspect d'une règle permissive spéciale.... Aucune règle de Droit international ne défend à l'Etat dont relève le navire où les effets du délit se sont manifestés, de considérer ce délit comme s'il avait été commis dans son territoire et d'exercer des poursuites pénales contre le délinquant. Cette conclusion ne saurait être

tenue en échec que **s'il était démontré qu'il y a une règle de Droit international coutumier** qui, dépassant le principe susénoncé, consacrerait la compétence exclusive de l'Etat du pavillon. Le gouvernement français s'est efforcé de démontrer l'existence d'une pareille règle... de l'avis de la Cour, cette démonstration n'est pas concluante... Quant aux précédents, il convient d'observer en premier lieu que, réserve faite pour les cas d'abordage dont il sera parlé plus loin, aucun n'a trait à des délits qui auraient intéressé deux navires battant le pavillon de deux Etats différents, et que, partant, ils ne sauraient avoir beaucoup d'importance dans l'affaire qui est devant la Cour. Le cas du *Costa Rica Pacquet* ne fait pas exception, car la pirogue sur laquelle les actes de déprédation avaient eu lieu était à la dérive, sans pavillon ni équipage et cette circonstance n'a pas été sans exercer une influence, peut-être décisive sur la conclusion à laquelle l'arbitre est arrivé. Par contre il ne manque pas de cas dans lesquels un Etat a fait valoir son droit de poursuivre un délit commis à bord d'un navire étranger et qu'il regardait comme punissable d'après sa législation. C'est ainsi que la Grande-Bretagne a refusé aux Etats-Unis d'Amérique l'extradition de John ANDERSON, matelot anglais qui avait commis un homicide à bord d'un navire américain, en alléguant qu'elle ne contestait pas la juridiction des Etats-Unis, mais qu'elle avait le droit d'exercer la sienne concurremment. **Ce précédent**, auquel d'autres pourraient être ajoutés, **est pertinent** malgré la nationalité britannique d'Anderson, **pour démontrer que le prin-**

cipe de la juridiction exclusive du pays du pavillon n'est pas universellement admis...

Pour ce qui a trait aux conventions (A 10, p. 27) qui réservent expressément la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon, il n'est pas absolument certain que cette réserve doive être regardée comme le maintien du Droit commun plutôt que comme la contre-partie de la compétence extraordinaire que ces conventions reconnaissent aux navires d'Etat d'un pays déterminé à l'égard des navires d'un autre pays en haute mer. A part cela il y a lieu d'observer que dans ces conventions il s'agit de faits d'un caractère particulier, étroitement liés à la police des mers, tels que traite des esclaves, endommagement de câbles sous-marins, pêche, etc., et non de délits de droit commun. Surtout il y a lieu de rappeler que les délits prévus par les conventions dont il s'agit, ne mettent en jeu qu'un seul navire; on ne saurait donc en tirer aucune conclusion à l'égard de faits qui mettent en présence deux navires et partant deux juridictions d'Etats différents.... L'agent du gouvernement français a appelé l'attention de la Cour sur le fait que les questions de compétence en matière d'abordage, si fréquentes devant les juridictions civiles, ne se rencontrent que très rarement dans la jurisprudence des tribunaux répressifs. Il en déduit que, en fait, la poursuite pénale ne se présente que devant les tribunaux de l'Etat du pavillon et qu'il y aurait là la preuve d'un consentement tacite des Etats et partant, l'expression du Droit positif en matière d'abordage. De l'avis de la Cour, cette conclusion n'est pas fondée. Même si

la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué par l'agent du gouvernement français, il en résulterait simplement que les Etats se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, **c'est seulement si l'abstension était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale.**

Le fait allégué ne permet pas de conclure que les Etats aient été conscients de pareil devoir... On a cité quelques décisions de tribunaux nationaux... la Cour ne croit pas nécessaire de s'y arrêter. Il lui suffit de constater que la jurisprudence nationale étant ainsi partagée, il n'est guère possible d'y voir un indice de l'existence de la règle restrictive de Droit international... En revanche la Cour croit devoir souligner le fait qu'il n'apparaît pas que les Etats intéressés se soient opposés aux poursuites pénales relatives à des cas d'abordage devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon ou qu'ils aient avancé des protestations... Cette circonstance va directement à l'encontre de l'existence du consentement tacite des Etats, en faveur de la compétence exclusive de l'Etat du pavillon, que l'agent du gouvernement français a cru pouvoir déduire de la rareté des questions de compétence devant les Tribunaux répressifs...

La conclusion à laquelle la Cour arrive (A 10, p. 30) est donc qu'il n'existe pas de règle de Droit international, relative aux cas d'abordage, qui réserverait les poursuites pénales à la compétence exclu-

sive de l'Etat du pavillon... la Cour constate que dans l'accomplissement de sa tâche de connaître elle-même le Droit international... **elle a étendu ses recherches à tous précédents, doctrines et faits** qui lui étaient accessibles et qui auraient, le cas échéant, pu révéler l'existence d'un des principes du Droit international visés par le compromis. Ces recherches n'ont pas abouti à un résultat affirmatif ».

Opinion dissidente de M. le juge Loder [AIO, p. 34].

« Le Droit international pour la plus grande partie est un droit non écrit et dépourvu de sanction; il repose sur *des convictions générales, sur l'assentiment des Etats civilisés*, membres de la grande famille des Nations, à l'égard des règles, *des coutumes* et des relations existantes et qu'elles sont tenues de respecter entre elles quoique non écrites ou confirmées par des conventions. L'ensemble de ces règles est appelé Droit international. *Ces règles peuvent être modifiées*, changées, développées suivant les vues d'une majorité considérable de ces Etats, *au fur et à mesure de l'évolution de ces convictions générales*, mais il me paraît inexact de prétendre que des lois nationales d'une certaine minorité des Etats suffiraient pour les abroger ou pour les changer ».

Opinion dissidente de M. le juge Weiss [AIO, p. 43].

« Le Droit international ne naît pas de l'accumulation des opinions et des systèmes; il ne tire pas non plus sa source de l'addition d'arrêts de justice, même lorsqu'ils sont concordants. Ce ne sont là que des

moyens d'en découvrir quelques aspects, d'en dégager quelques principes, et de donner à ces principes une formule satisfaisante. A vrai dire le Droit international n'a d'autre source que le *consensus omnium*. Lorsqu'il apparaît que toutes les Nations dont se compose la Communauté internationale sont d'accord pour accepter et pour appliquer dans leurs rapports mutuels une règle de conduite déterminée, cette règle passe dans le Droit international et devient une de celles dont la Convention de Lausanne a recommandé l'observation aux Etats signataires. Au premier rang de ces règles il en est une qui s'impose et qui n'a même pas besoin d'être écrite dans un traité : c'est celle qui consacre la souveraineté des Etats... Mais en dehors du territoire, la frontière une fois passée, les droits de police et de juridiction de l'Etat expirent... c'est un principe de Droit international incontestable... ; en haute mer apparaît un autre principe non moins certain du Droit international, c'est le principe de la liberté de la haute mer. La haute mer est libre, elle est *res nullius*. [Mais pour que les attentats commis contre les personnes et la propriété ne restent pas impunis, navires et équipages relèvent de la loi du pavillon]. Et ceci a pour conséquence d'exclure... toute juridiction autre que celle du pavillon, en particulier celle du port étranger auquel un navire aborde après avoir commis un fait délictueux en pleine mer. (Règlement de l'Institut de Droit international de La Haye en 1908)... [Le système adopté par le gouvernement turc] système qui a trouvé faveur dans quelques législations positives, n'est pas en soi,

contraire au Droit international, mais il est en dehors du Droit international, il est en marge du Droit international, il ne constitue pas par lui-même un principe du Droit international susceptible de tenir en échec celui de la liberté des mers et de la loi du pavillon qui en est le corollaire ».

Opinion dissidente de M. le juge Nyholm [A10, p. 59].

« La recherche d'une règle de Droit international comporte... un examen de la manière dont les coutumes prennent consistance et peuvent être considérées comme constituant des règles dominant les rapports internationaux. *Différentes définitions tendent à fixer les éléments nécessaires pour qu'une coutume internationale soit établie. Il faut qu'il y ait des actes des Etats accomplis dans le domaine des relations internationales, alors que de simples lois internes ne suffiraient pas; ensuite la base de la coutume doit être une volonté commune à plusieurs même à de nombreux Etats, constituant une unité des volontés ou même un accord général de l'opinion dans les pays de civilisation européenne, où la manifestation de la conscience juridique internationale qui s'opère par des faits répétés continuellement avec la conscience de leur nécessité.* Ces diverses thèses... démontrent la nécessité d'une certaine action (actes, volonté, accord) de la part des Etats, sans quoi une règle de Droit international ne peut pas être formée sur la base de la coutume ».

Opinion dissidente de M. le juge Altamira [A10, p. 96].

« *Toute coutume est par elle-même un fait positif* et par conséquent on ne peut pas élever à la catégorie de coutume, l'inexistence, dans un sens déterminé, de la répétition des actes plus ou moins nombreux qu'en général on considère comme nécessaire pour l'établissement d'une règle coutumière. Il faut que les actes se soient produits dans le sens même de la règle qu'on voudrait trouver et, cela va sans dire, que pour ce qui concerne le Droit international, ces actes soient aussi de caractère international. Il s'en suit que les législations nationales, n'appartenant pas par elles-mêmes au domaine du Droit international, ne sont pas de nature à fonder une coutume, moins encore une loi internationale... Elles peuvent cependant avoir une valeur assez grande pour constater en fait quelle est l'opinion des Etats à l'égard de certaines questions internationales pour lesquelles les Etats ne sont pas encore engagés par une Convention... ou qui n'ont pas encore donné lieu à une coutume reconnue par eux... Pour toute autre application relative au Droit international, elles manquent de valeur, à moins d'assentiment dûment constaté, par ce qu'elles n'expriment que le désir ou la pensée d'un Etat, sous forme d'une règle interne qui représente l'opinion d'une majorité plus ou moins grande de la collectivité politique nationale. C'est pour ces raisons qu'il est particulièrement intéressant de rechercher si dans les cas où une législation de ce genre faisant échec à un principe général de Droit international en dehors des conventions ou des

coutumes, a tâché de s'imposer d'une façon concrète aux autres Etats, *elle a trouvé l'assentiment ou la protestation de la conscience collective du pays affecté par l'acte intenté ou accompli.* » Et ce que trouve M. ALTAMIRA dans l'étude des précédents examinés par les Parties c'est « ou bien l'existence de la protestation contre l'application de toute autre juridiction que celle de la nationalité ou du pavillon de la personne inculpée ou bien la conformité avec ce principe du pavillon ... Il n'y a pas de possibilité de créer une coutume internationale ni de supposer l'existence d'une règle en faveur de la liberté illimitée de chaque législation, en ce qui touche les étrangers, liant tous les autres Etats, que dans les mêmes limites et avec les mêmes conditions que n'importe quelle autre coutume ou règle internationale. Le besoin du consentement est, non moins que celui de la protection des nationaux ou de la liberté pour établir la législation interne, un principe fondamental du Droit international, qui se base tout entier sur la volonté des Etats... Même (A 10, p. 106) si l'on posait la question de la nécessité d'une coutume tout à fait spécifique, et du degré de formation auquel aurait abouti celle qui pourrait être ici envisagée comme nécessaire, j'appellerais l'attention sur *le besoin de tenir compte des conditions particulières au processus général du développement de la règle coutumière. Il y a souvent dans ce processus des moments où la règle se trouvant implicitement dans les actes, ne s'est pas encore dégagée d'une façon formelle aux yeux de tout le monde, mais se trouve cependant déjà annoncée dans les actes*

même avec une telle force que ce serait rendre un bon service à la cause du droit que de l'aider à se manifester dans la force qui doit revenir à des règles de Droit positif appartenant à cette catégorie ».

Avis n° 14 - Commission européenne du Danube
Compétence - 8 décembre 1927 [B14]

Aux termes de la Convention de Londres, du 10 mars 1883, la compétence de la Commission Européenne du Danube (C. E. D.) créée par le Traité de Paris du 30 mars 1856 est étendue de Galatz à Braïla. Mais la Roumanie n'ayant pas signé ce traité, il en résulte une situation incertaine, qui finalement aboutit à une Requête pour avis, adressée à la Cour dans les termes suivants :

« Selon le Droit en vigueur, la C. E. D. possède-
« t-elle sur le secteur du Danube maritime s'étendant
« de Galatz à Braïla, les mêmes compétences que sur
« le secteur à l'aval de Galatz ?... »

La Commission consultative et technique de la S. D. N. avait auparavant chargé un Comité spécial d'entendre les représentants des gouvernements intéressés, de se rendre sur les lieux afin d'y étudier la question et de présenter un rapport sur les résultats de son enquête. Ce comité spécial se livrant à une étude particulièrement attentive de la pratique d'avant-guerre examina les textes réglementaires étudia les dossiers judiciaires invoqués de part et d'autre en vue d'établir par qui la juridiction était exercée sur le secteur Galatz-Braïla, si elle l'était par

la Commission ou par les autorités roumaines. La Cour ayant attaché une grande importance à ce rapport, il est utile d'en rappeler les conclusions essentielles :

« *D'après une pratique interrompue peut-être pendant quelques années entre 1899 et 1904, mais vraisemblablement régulière et suivie, tous les cas notables d'infractions à la police de la navigation proprement dite, commis à bord de navires d'un certain tonnage ont été réprimés par l'action de la C. E. D., l'action du capitaine du port roumain se limitant par contre normalement à la police des ports *sensu proprio* (C 13, IV 2, p. 600)... Dans l'esprit du Comité il y a une chose qui domine toutes ces considérations, c'est que en fait, la pratique d'avant-guerre dans le secteur Galatz-Braïla a été l'exercice des pouvoirs de juridiction de la Commission européenne. Et l'article 6 de la Convention de Paris a sanctionné cet état de fait (16)... Un *modus vivendi* était observé de part et d'autre suivant lequel l'action de la Commission européenne s'étendait en fait, en matière de police répressive et de sentences pénales comme en matière de réglementation de la navigation, de pilotage, de balisage et de travaux jusqu'à l'amont de Braïla ».*

M. le professeur BASDEVANT faisant allusion à certains faits d'ordre judiciaire et à l'attitude de la Roumanie à l'égard de différentes dispositions du

(16) Article 6: « La compétence de la Commission européenne s'étend dans les mêmes conditions que par le passé et sans aucune modification à ses limites actuelles, sur le Danube maritime, c'est-à-dire depuis les embouchures du fleuve jusqu'au point où commence la compétence de la Commission internationale. »

Traité de Londres estime (C 13, IV 1, p. 103), qu' « *il y a dans cet ensemble de faits les éléments d'un Droit coutumier particulier de nature à lier les Etats entre lesquels il existe, c'est-à-dire les Etats qui participent à l'activité de la Commission européenne... ou encore, si l'on veut être plus discret* », ajoute-t-il, « *on peut dire qu'il y a dans cet ensemble de circonstances et dans cette pratique, une situation de fait. On peut le dire sans se prononcer sur la légitimité de cette situation. Une fois cette situation de fait constatée, on observera qu'en 1919 et en 1921, on a entendu maintenir l'état de paix, on a entendu ne rien changer* ».

Des quatre représentants du gouvernement roumain, M. POLITIS est celui qui s'attache le plus à réfuter la thèse française. « A défaut de titre écrit » dit-il (C 13 IV 1, p. 204), « les Puissances peuvent-elles invoquer contre la Roumanie un usage immémorial ? Nul ne l'a soutenu. Mais on a prétendu que si la Roumanie n'a pas officiellement accepté le Traité de Londres, elle a tacitement admis en fait l'extension jusque Braïla du droit de juridiction de la Commission européenne... Or, *il ne s'est formé absolument aucune règle coutumière obligeant la Roumanie à subir, dans le secteur contesté une limitation quelconque de son droit de juridiction. En effet pour qu'il y ait règle coutumière il faut deux choses essentielles, il faut la répétition continue d'un certain nombre de faits dénotant chez les Etats qui y participent, la conscience juridique qu'ils considèrent ces faits comme la manifestation d'une règle qu'ils veulent suivre. La*

doctrine est unanimement d'accord avec la jurisprudence, pour reconnaître que ces deux éléments répétition continu des faits et conscience juridique chez les Etats, sont absolument indispensables pour qu'il y ait coutume internationale... Je trouve dans le cours professé par le professeur HEILBORN... une définition du Droit coutumier (17) « une règle de Droit coutumier oblige seulement les Etats dans lesquels on peut en constater *l'usage continu et provenant d'une conscience juridique...* » Dans une des opinions dissidentes qui accompagnent votre arrêt dans l'affaire du *Lotus*, à la page 59 et à la page 60, on trouve exprimée la même idée, sur la nécessité de la réunion des deux éléments (18)... Dans notre cas la coutume à laquelle on pense aurait pu se produire de deux manières différentes : tout d'abord par les entreprises de la Commission européenne sur la souveraineté de la Roumanie, *entreprises répétées, tolérées, finalement acceptées par la Roumanie comme une règle obligatoire* venant compléter les stipulations des traités. Ce que j'ai dit précédemment de la pratique d'avant-guerre suffit pour se convaincre que dans ce sens, il n'a pas pu se former une règle coutumière liant la Roumanie par ce qu'il n'y a eu ni faits répétés avec une suffisante continuité, ni acceptation consciente de la part de la Roumanie. *La règle coutumière aurait pu se produire d'une deuxième manière : par une abstention constante et consciente* de la part des

(17) HEILBORN, Cours professé à l'Académie de La Haye, année 1926, tome premier, p. 22.

(18) Opinion dissidente de M. le juge NYHOLM rapportée *supra*, p. 49.

autorités roumaines d'exercer leur pouvoir de juridiction en reconnaissance d'un droit concurrent de la Commission européenne. Ici encore la conscience juridique est essentielle. Vous l'avez relevé vous-mêmes dans votre arrêt du 6 septembre 1927, à la page 28 (19). Ayant en vue l'abstention éventuelle de la part d'un Etat d'exercer des poursuites pénales, vous avez dit : « C'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale ».

Et repoussant également la thèse française selon laquelle le Traité de Versailles et le Statut du Danube ont entendu maintenir et rendre obligatoire la situation de fait résultant de la pratique, M. POLITIS présente les observations suivantes :

« La situation de fait alléguée n'est pas prouvée... [et alors même qu'elle aurait été établie] il eût été impossible de soutenir que sans se prononcer sur l'idée de Droit, les traités de 1919 et 1921 ont entendu la rendre obligatoire. Ce que ces traités ont voulu maintenir à titre obligatoire, c'est seulement ce qui avait déjà eu ce caractère avant la guerre, en vertu d'une acceptation certaine, expresse ou tacite du gouvernement roumain. Or, la situation alléguée de la pratique d'avant-guerre des pouvoirs de la Commission européenne n'était que du pur fait; elle n'aurait pu être convertie en état de droit que par l'acceptation de la Roumanie; or, cette acceptation n'a pas eu lieu ».

(19) *Supra*, p. 46.

Par conséquent, selon M. POLITIS, la C. E. D. ne possède pas de compétences juridiques dans le secteur contesté parce que ni par les traités, ni par une coutume la Roumanie ne les lui a concédées.

Avis de la Cour [B14, p. 17].

« Pour ce qui est des résultats des recherches historiques et juridiques entreprises par le Comité spécial on peut les résumer de la manière suivante: Comme source pour connaître la situation juridique actuelle du Danube maritime au point de vue des pouvoirs de la Commission européenne, les dispositions du statut définitif de 1921 suffisent, éventuellement complétées par les dispositions de la Convention sur le régime des fleuves navigables d'intérêt international adoptée à Barcelone la même année. L'examen du Statut mène à la conclusion que les pouvoirs de la Commission doivent s'exercer de Galatz jusqu'à l'amont de Braïla dans les mêmes conditions de fait qu'avant la guerre. Ces conditions ne sont pas, de l'avis du Comité, déterminées par la disposition du Traité de Londres de 1883, étendant la compétence de la Commission jusqu'à Braïla, car cette disposition ne faisait pas partie de celles qui étaient en vigueur avant 1914, mais bien par **des usages ayant une valeur juridique par le seul fait qu'ils ont pu s'établir et se maintenir d'une façon continue du consentement unanime de tous les intéressés.** Or, pour le Comité la pratique d'avant-guerre dans le secteur Galatz-Braïla a été l'exercice dans ce secteur des pouvoirs de juridiction par la Commission européenne. **A cette pratique les**

délégués roumains ont tacitement mais formellement acquiescé, en ce sens qu'un *modus videndi* était observé de part et d'autre suivant lequel l'action de la Commission européenne s'étendait en fait et en toutes matières jusqu'à l'amont de Braïla... La Cour (B 14, p. 27), est..., arrivée à la conclusion que l'expression qui figure à l'article 6 du statut définitif « dans les mêmes conditions que par le passé et sans aucune modification à ses limites actuelles » vise les conditions qui régnaient en fait avant la guerre dans le secteur contesté, et que l'effet de ces mots est de maintenir et de confirmer lesdites conditions... Cet article consacre la situation de fait existant avant la guerre dans le secteur litigieux, quelle qu'elle ait été... Même si avant la guerre l'exercice de certains pouvoirs par la Commission en amont de Galatz était fondé sur une simple tolérance, cette pratique a maintenant été transformée en un droit par l'article 6 du Statut définitif. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire d'examiner si au point de vue du Droit international, l'exercice continu de certains pouvoirs pourrait éventuellement avoir transformé en droit une situation qui, selon le gouvernement roumain, n'était due qu'à une simple tolérance. L'on ne saurait prétendre que l'article 6 ait eu pour but de maintenir, en tant que simple tolérance, la situation existant avant la guerre, car tolérance implique absence de droit... On ne saurait attacher d'importance décisive (B 14, p. 55) au fait que le Règlement de 1911 et notamment ses articles 1 et 3 ainsi que les Instructions de 1913 contiennent plusieurs clauses qui semblent indi-

quer que les pouvoirs de la Commission ne doivent s'exercer qu'en aval de Galatz. Ces inconséquences manifestes et regrettables ne peuvent suffire à infirmer les conclusions auxquelles a abouti la Cour qui les a fondées à la fois sur les constatations de fait du Comité spécial et sur l'examen dans son ensemble du système des actes internationaux applicables avant la guerre au Danube maritime ».

Et par neuf voix contre une la Cour est d'avis que selon le droit en vigueur la C. E. D. possède sur le secteur du Danube s'étendant de Galatz à Braïla les mêmes compétences que sur le secteur à l'aval de Galatz.

Opinion dissidente de M. le juge Negulesco [B14, p. 104].

« Du moment que conformément au Traité de Berlin les pouvoirs de la Commission européenne ne pouvaient en droit s'exercer que jusqu'à Galatz, *il faut examiner si en fait, la Commission européenne n'a pas pu étendre ses pouvoirs par la coutume internationale... Il est facile de démontrer qu'une règle coutumière n'a pas pu se former pour obliger la Roumanie à subir, dans le secteur contesté, une limitation de son droit de souveraineté. La doctrine et la jurisprudence internationales sont d'accord pour reconnaître qu'il faut l'existence d'un usage immémorial, consistant à la fois en une répétition ininterrompue des faits accomplis dans le domaine des relations internationales et en une conscience juridique commune des Etats qui y participent, basée sur la croyance que la répétition des faits est la manifesta-*

tion d'une règle obligatoire. La Coutume internationale produisant l'abandon du droit de juridiction de la Roumanie sur le secteur Galatz-Braila en faveur de la C. E. D. n'a pas pu se produire; car il n'y a eu ni faits répétés depuis un temps immémorial, ni conscience juridique commune... Même si la Roumanie s'est abstenue d'exercer sa juridiction pendant un certain temps on ne peut pas dire qu'elle ait renoncé à son droit en faveur de la Commission européenne; car, ainsi que la Cour l'a établi dans l'affaire du *Lotus* (p. 28) « c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale ». Et encore il n'est pas suffisant de s'abstenir; c'est à l'autre de prouver qu'il avait exercé le droit avec la conscience de la légitimité ».

Arrêt n° 15 - Haute-Silésie
Ecoles minoritaires - 26 avril 1928 [A15]

Dans cette affaire il s'agit pour la Cour d'interpréter divers articles de la Convention de Genève du 15 mai 1922 relative à la protection des minorités en Haute Silésie. Or, en cours de procédure, l'Agent du gouvernement polonais, dans sa duplique écrite sou-lève une exception d'incompétence ainsi motivée:

En vertu de l'article 72 de la Convention, seules peuvent être déférées à la Cour Permanente les divergences d'opinion sur des questions de droit ou de fait concernant les articles *qui précèdent* cet article 72 et non pas ceux qui le *suivent*. Il résulte de la Réplique du gouvernement allemand que la requête

allemande est seulement relative à l'interprétation des articles 74, 106 et 131 de la dite Convention. La Cour est donc incompétente.

Arrêt de la Cour [A15, p. 23].

« L'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour dans un cas particulier, n'est pas, selon le Statut, soumise à l'observation de certaines formes comme par exemple l'établissement d'un compromis formel préalable ». Et pour justifier son opinion la Cour renvoie à un précédent, à un de ses arrêts antérieurs où elle a eu l'occasion de se prononcer sur une difficulté qu'elle estime analogue à celle qui se présente en l'espèce :

« Ainsi la Cour a, dans son Arrêt n° 5 reconnu comme suffisante pour établir sa compétence, la simple déclaration, faite par le défendeur au cours de la procédure, d'accepter que la Cour jugeât sur un point qui de l'avis de la Cour ne rentrait pas autrement dans sa compétence. Et il ne semble point douteux que la volonté d'un Etat de soumettre un différend à la Cour puisse résulter non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants. Il paraît difficile de nier que le fait de plaider le fond sans faire de réserves sur la compétence ne doive être regardé comme une manifestation non équivoque de la volonté de l'Etat d'obtenir une décision sur le fond de l'affaire. Or..., les conclusions du Contre-Mémoire visent une décision sur le fond. « Et la Cour rejette l'exception d'incompétence eu égard au précédent de l'affaire *Mavrommatis* (arrêt n° 5). « Il

est vrai », reconnaît la Cour « que dans ce cas [le cas de l'affaire *Mavrommatis*] le consentement de la partie défenderesse s'était manifesté par une déclaration expresse alors que dans le cas actuel, il ne résulte que du fait d'avoir demandé une décision sur le fond sans faire de réserves à l'égard de la compétence. Mais cette circonstance ne saurait, de l'avis de la Cour, justifier une conclusion différente, car il n'y a aucune règle qui prescrive que le consentement doit être donné par une déclaration explicite plutôt que par des actes concluants ».

Opinion dissidente de M. le juge Nyholm [A15, p. 57].

« *C'est à tort, semble-t-il, que l'arrêt renvoie à un précédent dans l'affaire Mavrommatis (Arrêt n° 5), en faisant valoir qu'au cours de la procédure, sans aucune autre formalité les Parties fixaient par accord entre elles la compétence de la Cour sur un point déterminé. Dans l'affaire Mavrommatis, une exception d'incompétence avait été régulièrement plaidée et rejetée. Pendant les plaidoiries subséquentes au fond, les Parties ont fait ce qui n'était en substance qu'un acte de procédure en priant la Cour de se prononcer également sur un point qui ne lui avait pas encore été spécialement soumis. Il s'agissait donc plutôt d'un changement ou de l'élargissement des conclusions. Une allusion précise quant à la compétence de la Cour ne paraît pas avoir été faite et la demande par laquelle la Cour était invitée à se prononcer était faite sans indication spéciale d'une compétence qui n'était*

pas assurée d'avance. *Un précédent pour l'omission des formalités accompagnant l'introduction d'un compromis ne paraît donc pas exister ».*

Arrêt n° 13 - Usine de Chorzow. - Fond
13 septembre 1928 [A17]

Dans cet arrêt la Cour rend sa décision au fond sur la question de l'indemnité à attribuer aux sociétés expropriées par le gouvernement polonais. Le principe de la responsabilité du gouvernement polonais est reconnu par les deux Parties; il s'agit maintenant d'établir les règles selon lesquelles sera chiffré le préjudice subi.

Le gouvernement polonais estime (C 15, II, p. 156) que l'étendue de sa responsabilité « ne saurait être fixée que *d'après les règles positives du Droit international telles qu'elles se laissent dégager des indices fournis par la pratique et la jurisprudence internationales...* Or, *c'est une règle généralement reconnue et par une jurisprudence très nombreuse érigée en principe* que dans les relations internationales les Etats ne sont tenus de réparer que les dommages effectifs se présentant comme conséquence directe et inévitable du fait générateur de la responsabilité. Le Droit international ne contient pas de règle positive qui établirait dans les rapports internationaux l'obligation de payer des intérêts ainsi que cela a lieu dans le Droit civil... La question de l'application de cette institution dans le domaine des prétentions entre Etats a été largement traitée dans la sentence de la Cour permanente d'Arbitrage du 11 novembre 1912 ayant trait

au différend entre la Russie et la Turquie, relatif aux indemnités que la Turquie s'était engagée par le Traité du 27 janvier 1789 à payer au profit des sujets russes. Le gouvernement russe exigeait notamment l'allocation d'intérêts moratoires. Reconnaissant de plein gré la responsabilité des Etats lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts compensatoires et des intérêts qui peuvent rentrer dans le calcul de ceux-ci, la Sublime Porte a décliné celle qui pouvait résulter sous forme d'intérêts de retard ou moratoires, au sens restreint, du retard dans l'exécution d'une obligation pécuniaire. La Cour s'est décidée toutefois à appliquer une analogie des règles du Droit romain, en émettant à ce sujet l'avis que « pour infirmer cette analogie très étroite, il faudrait que la Sublime Porte pût établir l'existence *d'une coutume, de précédents*, d'après lesquels des intérêts moratoires, au sens restreint du mot, auraient été refusés en tant qu'intérêts moratoires»... Cette attitude s'est heurtée à une critique sévère... On a observé que pour appliquer dans les rapports internationaux une certaine règle de droit privé, il est nécessaire de fournir une preuve contraire à celle exigée par la Cour d'Arbitrage, notamment la preuve que cette règle a été également adoptée *par des usages internationaux* ». Et le *Mémoire* cite à ce sujet l'opinion de M. ANZILOTTI : « la sentence aurait dû démontrer qu'il existe une règle de Droit international d'après laquelle la responsabilité naissant du retard injuste dans le paiement d'une somme en argent, trouve son correspondant dans l'intérêt moratoire, analogiquement à celle que les législations civi-

les ont établie dans les rapports du droit privé. La responsabilité implique la réparation du dommage effectivement produit, sauf s'il est prouvé *l'existence d'une coutume* établissant qu'aussi dans les rapports entre les Etats les dommages dérivant du retard dans l'exécution d'une obligation qui a pour objet une somme en argent, consiste toujours dans le paiement d'un intérêt. *Une pareille coutume est inconnue et n'a jamais existé* » (20).

M. le Docteur KAUFMANN expose la thèse du gouvernement allemand. « Je suis convaincu » dit-il (C 15, II, p. 74) « que nous sommes en présence d'une *pratique internationale assez constante à cet égard* pour pouvoir affirmer qu'en tous cas le *lucrum cessans* doit être compensé, qu'au moins des intérêts à un taux équitable sont dus à partir de la date du fait qui a causé le dommage... *Les principes qui sont à la base du Droit en vigueur en matière de réparation intégrale, sont les mêmes dans tous les Droits nationaux. Partant on peut dire qu'il s'agit là de principes généraux de Droit reconnus par les Nations civilisées qui dominent aussi dans le système international...* Quel que soit le sens que dans la théorie et la jurisprudence interne, on attribue au terme « dommages indirects », que l'on désigne le *lucrum cessans* comme dommage direct ou indirect, tout système de Droit consacre le principe suivant : l'indemnisation du chef d'un délit comprend tous les dommages qui se trouvent dans une connéxité assez étroite avec le

(20) ANZILOTTI, Rivista di Diritto internazionale, 1913. Cf. Strupp das Völkerrechtliche Delikt, p. 213.

fait générateur du dommage pour qu'on puisse les attribuer à ce fait, pour que l'on puisse les imputer à la personne qui a causé le dommage et lui imposer équitablement la charge de le réparer... La thèse du gouvernement portant que l'institution des intérêts serait inconnue du Droit international est inexacte. On pourrait tout au plus soutenir que cette branche du Droit n'aurait pas développé l'institution technique du Droit civil d'intérêts moratoires à des taux fixés d'avance par les législations internes. Est uniquement étrangère à cette branche du Droit la présomption créée par les législations nationales en faveur du créancier que le dommage causé par le retard du paiement ait au moins le montant indiqué par le taux des intérêts moratoires. Le gouvernement allemand peut invoquer pour sa thèse un nombre considérable de décisions reconnues [suit une liste de neuf décisions internationales]... Il faut inscrire dans cette liste des décisions internationales également la sentence citée au *Contre-Mémoire*, de la Cour Permanente d'Arbitrage dans le litige russo-turc. » (C 15, II, p. 350).

Arrêt de la Cour [A17, p. 29].

« Trois questions essentielles se posent :

- 1° L'existence de l'obligation de réparer ;
- 2° L'existence des dommages qui doivent servir de base pour l'évaluation du montant de l'indemnité ;
- 3° L'étendue de ces dommages.

Quant au premier point **la Cour constate que c'est un principe de Droit international, voire une conception générale du Droit** que toute violation d'un enga-

ment comporte l'obligation de réparer. Déjà dans son Arrêt n° 8, la Cour statuant sur la compétence qu'elle dérivait de l'article 23 de la Convention de Genève a dit : La réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la Convention même ». L'existence du principe établissant l'obligation de réparer comme un élément du Droit international positif n'a du reste jamais été contestée au cours des procédures relatives aux affaires de Chorzow ».

Puis la Cour constate que la réparation à allouer est la conséquence non d'une expropriation légitime, mais d'actes contraires aux dispositions de la Convention de Genève. Et la Cour va fixer les critères d'après lesquels il y a lieu de procéder à la détermination du montant de l'indemnité due.

« **Le principe essentiel** » dit-elle (A 17, p. 47) « **qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux** est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou si elle n'est pas possible paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature : allocation s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer

la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au Droit international... En ce qui concerne le *lucrum cessans* (A 17, p. 53) il y a lieu de faire abstraction jusqu'à un certain point des profits éventuels, car ils se trouveront être compris dans la valeur hypothétique ou réelle de l'entreprise au moment actuel. Si cependant... après compensation des déficits des années pendant lesquelles l'usine a fonctionné à perte et après application aux dépenses d'entretien et d'amélioration normale pendant les années suivantes, il reste une marge de profits, le montant de cette marge devrait être additionné à l'indemnité à allouer ».

Arrêt n° 14 - Emprunts Serbes - 12 juillet 1929 [A20-21]

Le fond du litige réside dans la question de savoir si le service de divers emprunts contractés par le gouvernement serbe, croate, slovène entre 1895 et 1911 auprès de porteurs français doit être effectué en francs français valeur courante ou en francs valeur or.

Le gouvernement serbe croate slovène soutient qu'en assurant en francs français le service des emprunts litigieux l'Etat serbe satisfait pleinement à ses obligations. Et au cours de l'exposé de sa thèse l'agent du gouvernement serbe recherche ce qu'est exactement ce franc-or auquel les Parties ont entendu se référer. Ce n'est pas un franc-or conventionnel puisqu'il n'y a ni engagement de traiter en une monnaie de compte invariable, ni texte précisant ce que

serait cette unité monétaire que les Parties auraient entendu adopter. S'agit-il d'un franc-or international? Non, car aucune puissance publique internationale ne peut battre monnaie et imposer celle-ci dans les rapports entre particuliers ressortissants d'Etats différents. Dès lors les Parties n'ont pu choisir comme monnaie de base que le franc français indivisible. Or, la loi du 12 août 1870 donne le cours légal au billet de banque; cette loi étant d'ordre public, les créanciers de l'Etat serbe doivent accepter le paiement en billets de banque.

M. BASDEVANT soutenant la thèse française fait appel à la *pratique internationale* qui lui fournit un ensemble de faits impliquant la reconnaissance de l'obligation résultant d'un emprunt stipulé en or. Il cite notamment (C 16, III, p. 110) un arrêt de la Cour d'Amsterdam, une décision rendue par la Commission mixte constituée entre la France et le Vénézuëla en 1902, et différentes dispositions d'une Convention signée en 1920 entre la Confédération suisse et l'Empire allemand.

D'autre part le *Mémoire français* établit d'une manière très nette que les expressions « franc-or » et « monnaie nationale française » ne sont pas du tout synonymes ». La monnaie française (C 16, III, p. 312), le franc, est tantôt représenté par de l'or, tantôt par de l'or et de l'argent, tantôt par de l'or, de l'argent et du papier, tantôt uniquement par du papier », c'est le franc défini à chaque instant par la loi française comme instrument légal des paiements, tandis que le franc-or est « un poids déterminé

de métal fin, d'une fixité absolue, d'une valeur constante, puisque ce métal fin est selon sa meilleure définition « l'échelle à laquelle on mesure les valeurs ». Et l'un des avantages de cette stipulation en or ou en francs-or est précisément de garantir le créancier contre toute dépréciation éventuelle des monnaies nationales. Le Mémoire rappelle les stipulations qui en France sous l'Ancien Régime étaient faites en livres tournois, c'est-à-dire en un poids fixe de métal, et en arrive aux applications actuelles de cette notion invariable de franc-or dans *la pratique internationale*. « Dans ces dernières années (C 16, III, p. 314), alors que la dépréciation et l'instabilité du franc français rendaient difficiles les conventions internationales, de nombreux gouvernements ont eu recours au franc-or pour établir leurs contributions respectives au fonctionnement des services internationaux. C'est ainsi que la Convention Postale Universelle révisée à Madrid, le 30 novembre 1920 et à Stockholm, le 28 août 1924 a pris le franc-or comme monnaie pour le paiement des taxes postales. Le franc-or a été également adopté par un accord entre la Compagnie des chemins de fer du Sud de l'Autriche, la République d'Autriche, le Royaume de Hongrie, le Royaume d'Italie, le Royaume des Serbes Croates et Slovènes, et le Comité représentant les porteurs d'obligations émises par la Compagnie. Cet accord conclu à Rome, le 29 mars 1923, précise que l'on entend par franc-or la monnaie d'or du poids et du titre de l'Union latine. (Convention du 6 novembre 1885 (21), c'est-à-dire la ving-

(21) Convention conclue entre la France, la Belgique, l'Italie et la Suisse.

tième partie d'une pièce d'or pesant 6 gr. 45161, au titre de 900/1.000 d'or fin... Le franc-or, monnaie de compte invariable est, on le voit, une monnaie propice aux conventions internationales et d'autant plus que le poids du métal fin qu'elle indique a été adopté par plusieurs Etats comme étalon de leur unité monétaire d'or. C'est cette dernière considération qui l'a assurément recommandé à l'attention du gouvernement serbe, lorsque celui-ci créa les emprunts remboursables en Serbie, en France, en Belgique et en Suisse, c'est-à-dire dans quatre pays qui ont adopté le franc-or comme unité monétaire ».

Selon la thèse du gouvernement français, le franc-or est donc une monnaie internationale comme l'or lui-même. « Tandis qu'on emploie les mots « franc » ou « franc français » pour désigner la monnaie française sous quelque aspect qu'elle se présente on emploie les mots « franc-or » pour désigner une monnaie internationale, adoptée par l'Union latine et plusieurs pays en dehors de l'Union, une monnaie dont la fixité est absolue. Et les cinq emprunts serbes ont été conclus en or et en francs-or ».

Arrêt de la Cour [A20-21, pp. 29, 32].

« Interprétation des clauses relatives au paiement.

Il s'agit de savoir si des francs-or, ou simplement des francs français, ont été promis et dans le premier cas quelle est la signification de l'expression franc-or. L'examen des titres montre que dans tous les cas, il y avait promesse de paiement en or ou francs-or... Il a été allégué que la promesse de payer des francs-

or, ou ce qu'on appelle « la clause or » est dépourvue de pertinence juridique. On a fait valoir qu'il n'existait pas de franc or international... que l'unité monétaire française était d'argent et qu'il n'existait pas de « franc-or » en tant qu'unité monétaire. [Pourtant] il est impossible d'ignorer l'emploi positif du mot « or »... Tandis qu'il n'existait pas de franc-or international, le franc dans chaque cas ayant été défini par la loi des pays respectifs, **la notion de franc et de franc-or avait néanmoins acquis un caractère international** : en effet trois pays avaient adopté une unité monétaire semblable avec la même définition de la pièce or de vingt francs en poids et en titre et cette unité avait fait le sujet de la Convention de l'Union latine. Le franc-or constituait donc un étalon de valeur bien connu auquel on pouvait à juste titre se référer dans des contrats d'emprunt lorsque l'on désirait prévoir, pour le remboursement, une base saine et stable. Mais si, par conséquent, le « franc-or » était un étalon de valeur internationalement reconnue, sa définition n'en doit pas moins être recherchée dans les lois nationales. La définition initiale du franc or qui est la définition française et qui fut ultérieurement adoptée par la Belgique et la Suisse, ainsi que par la Convention de l'Union latine, figure dans la loi du 17 germinal, an XI ».

*
**

Au cours des débats fut également soulevée la question de savoir quelle loi nationale devait régir les obligations contractuelles de l'espèce.

La Cour fit observer ce qui suit (A 20/21, p. 41):

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du Droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir qu'elle est cette loi, fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de Droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales **ou des coutumes et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai Droit international, régissant les rapports entre les Etats** ».

Ordonnance - Zones franches - Délais - 19 août 1929 [A22]

Par un compromis du 30 octobre 1924, les gouvernements français et suisse demandent à la Cour de dire si entre la France et la Suisse, l'article 435 du Traité de Versailles « a abrogé ou a pour but de faire abroger » les stipulations de 1815-1816, relatives à la structure douanière et économique des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex ».

La Suisse n'est pas signataire des traités qui ont institué les zones franches. Mais elle prétend que les Puissances signataires des traités de 1815 ont entendu stipuler en sa faveur et lui reconnaître un droit au maintien de ces zones franches. La Cour se trouve ainsi conduite à examiner quelle peut être la valeur de la stipulation pour autrui en Droit international.

Selon M. le professeur Logoz, représentant du gouvernement suisse (C 17, I, I, p. 201) « la stipulation

pour autrui est parfaitement possible en Droit international comme en Droit national; elle n'implique aucune contradiction et elle ne comporte même aucun inconvénient pratique; elle est au contraire fort utile et elle peut rendre d'excellents services aussi dans le domaine international, par exemple lorsqu'il s'agit d'assurer des droits à des Etats futurs ou *in statu nascendi*, ou encore lorsqu'il s'agit de faire reconnaître des Etats nouveaux avec un territoire déterminé. Ainsi la République Cisalpine a été reconnue par l'Autriche dans le Traité de Campo-Formio, du 17 octobre 1797. Par le Traité de Tilsit, du 9 juillet 1807, le roi de Prusse a reconnu Joseph Napoléon comme roi de Naples et Louis Napoléon comme roi de Westphalie (article 3). Il a reconnu la Confédération du Rhin et les souverains qui la composent, chacun avec ses possessions (article 4). De même fut reconnu le Royaume de Westphalie, qui sera composé des provinces cédées, entre autres, par Sa Majesté le roi de Prusse (article 6 et 8). Le présent Traité de paix et d'hommage est déclaré commun à Sa Majesté le roi de Naples (Joseph Napoléon), à Sa Majesté le roi de Hollande (Louis Napoléon) et aux souverains confédérés du Rhin, alliés de Sa Majesté l'Empereur Napoléon, et audit empereur Napoléon. Cependant ce traité n'est signé que par la France et par la Prusse... La Grèce a été reconnue par le Protocole de Londres du 3 février 1830, etc... La stipulation pour autrui est donc possible, admissible et elle peut-être fort utile en Droit international... Le fait (C 17, I, 1, p. 405), que les Etats, dans leur égoïsme invétéré,

concluent en général des conventions pour eux-mêmes ne prouve nullement qu'ils ne puissent pas en conclure pour d'autres... On ne peut pas parler ici de *précédents* comme dans la jurisprudence d'une Cour nationale, appliquant la loi qu'elle a mission d'interpréter. Une convention n'est pas un « précédent » quant à la possibilité de conclure une autre convention. Même si sur mille conventions aucune ne stipulait pour autrui, il faudrait pourtant reconnaître comme pleinement valable la mille-et-unième qui le ferait. Il faut prendre chaque convention pour elle-même et l'interpréter telle qu'elle a été voulue par les Parties : *pacta sunt servanda*... En fait la stipulation pour autrui est assez rare. Mais pour arriver à cette constatation, il faut dans chaque cas rechercher ce que les Parties ont voulu l'une et l'autre, et cette recherche est purement historique. C'est une question de fait et d'histoire ; par conséquent ce n'est pas une question de principe ».

La thèse française est soutenue par M^e Paul BONCOUR et M. le professeur BASDEVANT. M^e Paul BONCOUR recherchant ce que la jurisprudence du Droit international publie, pense de la stipulation pour autrui en Droit international, cite les précédents suivants :

Le Traité austro-prussien du 11 octobre 1878 a abrogé l'article 5 du Traité de Prague du 23 août 1866. « Le Traité de Prague (C 17, I, 1, p. 116) dans son article 5, prescrivait de consulter les populations des districts septentrionaux, du Sleswig sur leur désir d'être réunis au Danemark. Le Danemark avait un

intérêt évident et vital, à l'exécution de cette clause, et pourtant comme il n'était pas partie à un traité dont il n'était pas signataire, les deux Etats signataires n'en procédèrent pas moins à l'abrogation de son article 5 de leur seule volonté... Autre précédent : [la] Commission internationale de juristes constituée par une décision du Conseil de la S. D. N. a apprécié de la manière suivante la position de la Suède par rapport à la Convention du 30 mars 1856, concernant la neutralisation des îles d'Aland : « En ce qui concerne la Suède, elle n'a sans doute pas un Droit contractuel au respect des stipulations de 1856, puisqu'elle n'est pas signataire; elle ne peut pas non plus se prévaloir de ces stipulations comme tierce Partie en faveur de laquelle les contractants auraient créé un Droit conventionnel parce que, quoiqu'il en soit en général de la possibilité de créer, dans une Convention internationale, un droit en faveur d'un tiers, il paraît bien que cette éventualité ne peut guère être admise en l'espèce, étant donné que la Convention de 1856 ne fait aucune mention de la Suède, ni comme devant puiser directement un droit dans ces stipulations, ni comme devant profiter de ces stipulations. Néanmoins à raison du caractère obligatoire du règlement de la questions des îles d'Aland, par le Traité de 1856, la Suède peut, comme Puissance immédiatement intéressée, réclamer le respect des stipulations de ce Traité tant que les Parties contractantes ne l'ont pas abrogé » ce qui, par un raisonnement *a contrario* irréfutable veut dire que le jour où les Parties contractantes l'auront abrogé, le Traité n'existant plus, la stipu-

lation qui avait été faite dans un intérêt, mais qui ne crée pas un droit, ne pourra pas être invoquée par l'Etat en faveur duquel elle s'était exercée. Un dernier trait de jurisprudence sur lequel je n'insiste pas, émane de la Cour elle-même... ; dans son arrêt n° 1, la Cour au sujet de la position de l'Allemagne vis-à-vis du Canal de Kiel et vu l'article 380 du Traité de Versailles, s'est également prononcée sur le fait « qu'une stipulation pour autrui crée un intérêt extrêmement respectable, mais ne crée pas un droit qui peut être invoqué pour s'opposer à l'abrogation d'un traité entre deux contractants ».

Et dans sa réplique, M^e Paul BONCOUR ajoute cette autre considération (C 17, I, 1, p. 320):

« La stipulation pour autrui ne fait pas partie de ces règles internationales qui font preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, ou d'un principe général de Droit reconnu par les nations civilisées... Quelles que soient les controverses extrêmement intéressantes qui peuvent être établies sur ce point, je crois qu'il y a une chose qu'il est impossible de dire au terme de ces controverses, c'est qu'il y ait là une coutume internationale, preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le Droit, d'un principe général de Droit reconnu par toutes les nations civilisées ».

Au contraire, ainsi que l'établit M. le professeur BASDEVANT, la *pratique internationale* condamnerait plutôt la thèse selon laquelle un Etat peut tirer des droits d'un traité auquel il n'est pas partie (C 17, I, 1, p. 346). « ROXBURGH rappelle le cas du Traité signé

à Paris, le 16 avril 1856, par lequel l'Autriche, la France et la Grande-Bretagne ont stipulé que toute atteinte à l'indépendance et à l'intégrité de la Turquie serait considérée par elles comme étant un *casus belli*. La Turquie n'était pas signataire de ce traité. Voilà un traité qui intéresse directement la Turquie et qui même la vise directement. La question se posait de savoir si la Turquie, comme tierce puissance, pouvait réclamer non pas la participation à la révision de ce traité, mais même simplement son exécution tant qu'il restait en vigueur. Or, le gouvernement britannique répondit négativement à cette question et cette déclaration formelle fut faite devant la Chambre des Lords : « Ce n'est pas un engagement auquel la Porte est Partie. Il ne nous lie en aucune façon, si ce n'est envers la France et l'Autriche ». Dans notre Réplique, nous avons invoqué aussi le précédent de l'avis de la Commission de juristes dans l'affaire des îles d'Aland... Dans l'ordre des précédents je ne puis manquer de citer celui que me fournit votre arrêt n° 7. Dans l'affaire tranchée par votre arrêt n° 7, vous avez rencontré la prétention de la Pologne de se prévaloir tant de la Convention d'armistice que du Protocole de Spa dont elle n'était pas signataire. En face de cette prétention... vous avez énoncé ce qui suit : « ... Un traité ne fait droit qu'entre les Etats qui y sont parties; dans le doute, des droits n'en découlent pas en faveur d'autres Etats... » Enfin pour clore le chapitre de ces précédents, je signalerai cette parole de M. Motta, prononcée le 29 mars 1922 devant le Conseil National à propos du Traité de Versailles :

« Les traités de paix sont pour nous *res inter alios acta*. Nous ne pouvons pas méconnaître leur existence, mais en principe, ils ne nous imposent aucune obligation, ils ne peuvent pas non plus nous conférer de droits ».

La Cour constate d'abord (A 22, p. 18), qu'en ce qui concerne particulièrement la zone sarde « la Suisse en sa qualité de Partie au traité signé à Turin le 16 mars 1816 a acquis un droit contratuel au recul de la ligne douanière dans cette région ». Puis elle rappelle que le 27 mai 1815 « la Suisse a accédé à une « Déclaration des Puissances rassemblées au Congrès de Vienne au sujet de la Suisse », du 20 mars 1815, déclaration qui envisageait le règlement territorial de la zone de Gex. De plus ce règlement a trouvé une nouvelle expression dans le Protocole signé le 3 novembre 1815 à Paris, protocole qui a été formellement transmis à la Suisse par les Puissances signataires de la Déclaration de Vienne, du 20 mars 1815. Dès lors la Cour considère (A 22, p. 20) « que l'ensemble de ces actes, ainsi que les circonstances dans lesquelles ils ont été faits, établissent... que l'intention qu'avaient les Puissances... était de créer en faveur de la Suisse un droit dont elle pourrait se prévaloir au recul de la ligne douanière française de la frontière politique du Pays de Gex, c'est-à-dire de la zone franche de Gex; la Cour arrivée à cette conclusion sur la base d'un simple examen de la situation de fait relative au cas d'espèce, n'a pas besoin de se prononcer sur la mesure dans laquelle le Droit international connaîtrait éventuellement la stipulation pour autrui ».

Si l'Arrêt de la Cour n'a pas eu besoin de se prononcer sur cette question, les trois juges ayant émis des opinions dissidentes ont cru devoir le faire, et d'une manière très nette :

Opinion individuelle de M. le juge Nyholm [A22, p. 26].

« La Suisse invoque en vain que les stipulations renferment pour elle une stipulation *in favorem tertii*. De telles stipulations ne sont pas admissibles entre Etats. C'est le principe de souveraineté qui s'y oppose. La stipulation *in favorem tertii* est, de par sa nature, une obligation civile, qui ne sera guère applicable entre des nations avec leurs régimes constitutionnels... En somme la stipulation pour autrui paraît ne pas être valable en Droit international car elle ne crée pas un droit en faveur de l'Etat tiers sauf, bien entendu, par un accord nouveau qui viendra se joindre au premier ».

Opinion individuelle de M. le juge Negulesco [A22, p. 36]

« Il est possible dans une convention internationale de stipuler un droit en faveur d'un Etat tiers. Mais alors que dans les législations nationales qui admettent une pareille stipulation, le tiers a un droit en vertu de la stipulation même, dans le Droit international, les Etats qui ont fait une pareille stipulation s'obligent mutuellement d'accepter avec le tiers la conclusion de l'accord supplémentaire qui viendra se joindre à l'accord qui a été conclu. A cet effet, le traité peut prévoir la faculté des tierces Puissances intéressées, d'y adhérer, et, faute de pareille stipulation, il

est nécessaire de conclure un accord entre les Etats signataires et l'Etat tiers. Faute de cet accord un Etat ne peut se prévaloir d'une stipulation en sa faveur ».

Et M. NÉGULESCO appuie son opinion sur *les précédents* cités par le gouvernement français : l'arrêt de la Cour n° 7, l'arrêt de la Cour n° 1 et l'affaire des îles d'Aland.

Opinion individuelle de M. le juge Dreyfus [A22, p. 43].

« Il paraît... certain qu'on ne saurait poser en règle générale qu'un Etat stipulant pour un autre Etat assure à celui-ci qui n'est pas partie au traité où figure la stipulation, un droit propre et irrévocable dont il pourrait exiger personnellement l'exécution, même si l'Etat stipulant déclarait libérer l'Etat débiteur de l'obligation qu'il lui avait imposé en faveur de l'Etat tiers... *Les mêmes idées ont prévalu dans la pratique internationale* et il me suffira de citer l'article 380 du Traité de Versailles qui n'a certainement entendu conférer aucun droit irrévocable aux Etats auxquels il a ouvert l'accès du Canal de Kiel ».

Avis n° 17 - Communautés gréco-bulgares
31 juillet 1930 [B17]

A la suite de l'entrée en vigueur, le 9 août 1920 de la Convention Gréco-Bulgare, relative à l'émigration réciproque, le Conseil de la Société des Nations crée une Commission mixte d'émigration ayant mission d'appliquer la dite Convention. Mais les Parties ne

parvenant pas à s'entendre sur l'interprétation donnée par la Cour à différentes dispositions de la Convention, on décide de demander à la Cour Permanente de donner une signification déterminante et définitive aux dispositions litigieuses de la Convention. La première question posée à la Cour par la Commission mixte est ainsi conçue : « Quel est le critère de la notion de « communauté » au sens de la Convention entre autres de l'article 6, alinéa 2 » (22).

La Bulgarie ne nie pas l'existence dans le passé de fractions ethniques étrangères, elle ne nie pas non plus le rôle important joué par ces collectivités de personnes de même religion, mais elle soutient (C 18, I, p. 72) qu'il n'y a pas lieu de remonter aux siècles passés, de reprendre les choses de si haut, de retracer toute l'histoire de l'hellénisme et des chrétiens en Orient pour fixer le sens du terme « communauté » figurant aux articles 6 et 7 de la Convention de Neuilly, de 1919. Selon M. le professeur VERZIÏL, délégué du gouvernement bulgare, ce terme « communauté » ne saurait comprendre que « les fractions ethniques organisées de la population qui possèdent un patrimoine propre ». Or (C 18, I, p. 76) ni le Droit ottoman, ni le Droit bulgare, ni le Droit canon orthodoxe commun à la Bulgarie et à la Grèce, ne semble reconnaître aux communautés conçues dans le sens préco-

(22) Article 6, alinéa 2 : « ...De même, au cas où le droit d'émigration serait exercé par des membres de communautés (y compris les églises, couvents, écoles, hôpitaux ou fondations de quelque nature que ce soit) qui de ce chef, devront être dissoutes, la Commission mixte prévue à l'article 8 déterminera si, et dans quelles conditions, ces membres auront la faculté d'emporter librement ou de faire transporter les biens meubles qui appartiennent à ces communautés ».

nisé par le Gouvernement hellénique, la personnalité morale ou juridique qui les mettrait en mesure de posséder en propriété des biens meubles ou immeubles. Et pour le gouvernement bulgare la Communauté n'étant qu'une fiction juridique qui n'existe que par la force des lois du pays, on doit accepter que là où la Convention parle de biens de communautés il faut comprendre qu'il s'agit de droit patrimoniaux privés que les émigrants posséderaient éventuellement sur ces biens.

Pour le gouvernement hellénique (C 18, I, p. 459) « il ne s'agit pas d'un terme inventé pour la circonstance... il s'agit d'une institution parfaitement reconnue des Parties, parce que depuis des siècles elles n'ont cessé de la pratiquer, et qu'elle occupe dans leur histoire nationale une place extrêmement importante... Les territoires tant grecs que bulgares où se pose aujourd'hui la question des communautés ont fait jadis, durant plusieurs siècles, partie de l'Empire Ottoman. Les Communautés y ont été connues de tous temps. Elles y ont fonctionné comme une institution régulière. Elles ont acquis de bonne heure un caractère international parce qu'elles représentaient la manifestation la plus importante de la liberté religieuse et culturelle, que les accords diplomatiques garantissaient aux populations chrétiennes de l'ancienne Turquie. De plus (C 18, I, p. 469) l'article 5 du Traité de Berlin, créait pour le Nouvel Etat bulgare l'obligation internationale de reconnaître sur son territoire l'existence et de respecter le libre fonctionnement des communautés grecques telles qu'elles

avaient été façonnées *par un usage plusieurs fois séculaire* ».

Avis de la Cour [B17, p. 21].

« **D'après la tradition qui a une force si particulière dans les pays d'Orient,** la « communauté » apparaît comme une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnés, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres et unies par l'identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions, dans un sentiment de solidarité, à l'effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants, conformément au génie de leur race et de s'assister mutuellement. **Nulle part on ne trouve la preuve** que la convention Gréco-Bulgare du 27 novembre 1919 sur l'émigration ait dans aucune de ses dispositions et notamment dans son article 6, alinéa 2 entendu par quelque stipulation particulière **s'écarter de cette notion générale traditionnelle.** Au contraire, le but et l'objet de la Convention, son rattachement aux mesures concernant les minorités, le désir des Puissances signataires, dont témoigne toute la Convention, de voir les individus composant les Communautés prendre une place définitive dans leurs milieux techniques respectifs, la mentalité même des populations intéressées, tout conduit à considérer que la Convention a envisagé la notion de « Communauté » sous cet aspect exclusivement minoritaire qu'elle a eu **depuis des siècles** en Orient »,

« Il est inexact (B 17, p. 27) de considérer la « communauté » comme une fiction juridique n'existant que par la force des lois du pays ».



La Cour doit également résoudre la question suivante :

« Quelle attitude doit observer la Commission mixte au cas où elle ne parvient pas à découvrir les ayants droit visés à l'article 10, alinéa 2 de la Convention ». Doit-elle attribuer ces biens à l'Etat territorial ainsi que le prétend la Bulgarie, ou à l'Etat d'affinité ethnique ainsi que le prétend la Grèce ?

Selon M. le professeur VERZIJL, cette dernière solution serait diamétralement contraire aux principes les plus élémentaires du Droit international public. « Jamais » (C 18, I, p. 97) « *un Etat n'a été reconnu par la doctrine, la jurisprudence ou la pratique internationales comme l'ayant cause en matière pécuniaire, de ses propres ressortissants à l'étranger. Aurait-il alors compétence de se présenter comme l'ayant cause de certains groupes minoritaires à l'Etranger qui ne lui ressortissent point, qui relèvent de la souveraineté d'un autre Etat ?* »

Et M. le professeur VERZIJL voit la confirmation de cette coutume générale dans un précédent récent : l'attitude du gouvernement roumain à l'égard des Communautés minoritaires. M. MARGHILOMAN, ministre des Affaires Etrangères de Roumanie, interpellé au Parlement à l'occasion du Protocole Greco-

Roumain de 1900, déclara que là où les Communautés sont en majeure partie composées de sujets roumains d'origine grecque, on ne saurait même tolérer la protection officieuse que tout Etat tâche d'accorder aux personnes physiques et morales qui ont des attaches avec son pays. Et dans sa réplique M. le professeur VERZIJL précise sa pensée : « Je n'ai pas du tout voulu dire (C 18, I, p. 254) que *le Droit international Commun Coutumier* s'oppose à ce que deux Etats se reconnaissent réciproquement, par traité, le droit de s'approprier des biens laissés par leurs ressortissants dans l'autre pays... Ce que j'ai voulu dire c'est ceci : *que le Droit international coutumier ne reconnaît nullement l'Etat comme l'ayant droit naturel de ses ressortissants à l'Etranger, dans le domaine privé* ». Et donnant quelques exemples de ce Droit international coutumier, M. le professeur VERZIJL évoque notamment l'attitude adoptée par la Roumanie vis-à-vis de ce même problème. D'après M. ALEXANDRESCO (23) « lorsqu'une personne morale est supprimée, ses biens passent à l'Etat comme organe de la société. Ainsi les biens des monastères grecs ayant été sécularisés, sont devenus propriété privée de l'Etat (loi du 17 décembre 1863) et, ces monastères et couvents, ayant perdu leur personnalité, le legs qui leur serait fait aujourd'hui serait caduc ». « (Note 2). C'est en vertu des mêmes principes qu'il a été décidé par la Cour de Cassation (17 novembre 1895), par la Cour de Craiova et le Tribunal de Gorj, que

(23) ALEXANDRESCO, « Droit ancien et moderne de la Roumanie », 1897, p. 66, notes 1 et 2.

la succession *ab intestat* des moines ne revient pas à leurs parents, fut-ce même du degré le plus proche, mais bien à l'Etat, qui se trouve ainsi substitué aux monastères (*Le Droit* [Dreptul] du 21 décembre 1895) ».

Et, poursuit M. le professeur VERZIÏL, lorsqu'il s'agissait de la dévolution définitive des biens ayant appartenu à ces monastères grecs, sécularisés par la Roumanie, lesquels biens étaient situés eux-mêmes en Bessarabie russe et en Bukovine autrichienne, ces biens aussi ont été vendus par l'Etat roumain sans opposition de l'Etat territorial, ou leur valeur payée par ce dernier Etat au premier, en sa qualité de propriétaire ».

Au contraire, d'après M. POLITIS, l'Etat d'affinité ethnique peut très bien intervenir en faveur de ses émigrés, ne serait-ce qu'en vertu d'un traité avec l'Etat territorial. De plus, dit-il (C 18, I, p. 300), « *le Droit commun international* en reconnaissant à l'Etat la personnalité morale, lui accorde par là même la faculté d'acquérir des biens par les voies normales consacrées par le Droit, notamment par succession. Il admet qu'il puisse avoir vocation héréditaire. Mais la réalisation de cette vocation dépend, dans l'état actuel du Droit international, de deux conditions : d'abord d'un titre général que l'Etat peut se donner par ses propres lois... Mais ensuite il faut que des facilités soient données par les autres Etats pour l'exécution de ce titre général sur leur territoire. Ici les Etats ont une compétence exclusive ; la matière dont il s'agit relève de leur domaine réservé... Toute-

fois à cette prérogative que le Droit international reconnaît à chaque Etat, l'Etat intéressé peut renoncer de deux manières ; il le peut par voie unilatérale, si par sa législation il offre les facilités dont le titre général d'un Etat étranger a besoin pour se réaliser ; il le peut encore par voie réciproque, au moyen d'un accord international. Aucun principe de Droit international n'empêche donc de concevoir pour un Etat la possibilité d'être un ayant droit dans le sens de notre article 10 » (24).

Rien ne s'oppose donc d'après M. POLITIS, à ce que les biens restants des Communautés soient attribués à l'Etat d'affinité ethnique.

Avis de la Cour [B17, p. 30].

« Il résulte des observations déjà présentées au sujet de la première question émanant de la Commission mixte, que les Communautés ont un caractère exclusivement minoritaire et ethnique. En revanche quelques raisons qu'on puisse faire valoir à l'appui d'une attribution à l'Etat d'affinité ethnique de la valeur des biens d'une communauté dissoute, lorsque les membres de cette communauté sont dispersés ou absents, ces raisons sont étrangères au but et à l'objet de la Convention... Rien dans la Convention n'autorise de déduire du lien ethnique rattachant les Communautés à leur pays d'affinité, un droit quel-

(24) Article 10 de la Convention de Neuilly du 27 novembre 1919 : « ...Le gouvernement du pays où la liquidation aura eu lieu devra verser à la Commission mixte dans les conditions à fixer par celle-ci, et pour être remis aux ayants droit, le montant de la valeur des biens immobiliers liquidés, qui resteront la propriété dudit gouvernement. »

conque au profit de ce pays, sur les biens meubles ou sur la valeur liquidée des biens immobiliers des communautés dissoutes, et cela même si tous les anciens membres s'étaient établis sur le territoire du dit pays ».

Avis n° 18 - Dantzig et l'O. I. T. - 26 août 1930 [B18]

« Le statut juridique spécial de la Ville libre de Dantzig, permet-il à la Ville libre de devenir membre de l'Organisation internationale du Travail? » (B 18, p. 4).

La question posée à la Cour est particulièrement intéressante. Deux statuts juridiques internationaux sont en cause, qui présentent des particularités inconnues auparavant et qui par suite, selon l'expression de M. le docteur KAUFMANN « nous conduisent au centre même du développement récent de la vie internationale » (C 18, II, p. 19).

Aux termes de l'article 104 du Traité de Versailles les principales puissances alliées et associées se sont engagées à négocier les termes d'une convention à laquelle la Pologne et la Ville libre seront parties et qui devra entrer en vigueur en même temps que sera constituée la Ville libre en vue d'assurer à la Pologne certains droits principalement de nature économique, sur le territoire de la Ville libre. L'alinéa 6 dudit article 104, dispose que la convention devra faire assurer par le gouvernement polonais, la conduite des affaires extérieures de la Ville libre de Dantzig.

Or, dans la Convention de Paris on s'est borné à répéter le principe posé à l'article 104, 6^e du Traité

de Versailles et on n'a inséré aucune clause détaillée pour régler la conduite par le gouvernement polonais des relations extérieures de la Ville libre. Ce sont donc les faits réels par lesquels la Constitution juridique a été opérée qui seuls peuvent guider la Cour pour résoudre la question qui lui est posée. *La Ville libre peut-elle devenir membre de l'O. I. T. sans violer la pratique qui a organisé la conduite de ses affaires extérieures sous le signe de la loi suprême du Traité de Versailles?* tel est en définitive le problème soumis à la Cour, problème dont la solution est pour notre étude, d'un intérêt capital.

Comment pratiquement les affaires extérieures de Dantzig sont-elles conduites?

Selon le délégué de la Ville libre (C 18, II, p. 136) « Dantzig a conclu comme Partie contractante des traités avec de nombreux Etats, a adhéré comme Partie contractante indépendante à de nombreuses conventions internationales. Il convient de mentionner ici le Pacte Kellog, l'Union postale universelle, de nombreux traités de commerce, etc... Comme exemple important on peut signaler le fait que de même que le Conseil de la Société des Nations traite Dantzig dans ses délibérations comme Etat indépendant, de même la plus haute instance juridique pour différends entre Etats, la Cour permanente de justice internationale à La Haye, a, selon une décision du 23 juin 1922, mentionné la Ville libre dans les Etats qui sans être membres de la S. D. N., ont le droit de faire appel à la Cour permanente de Justice internationale ».

Le Mémoire reconnaît aussi qu'en fait, la Pologne intervient dans la direction des affaires étrangères de la Ville libre. Il voit d'ailleurs dans cette intervention, non un droit, mais une obligation de la Pologne : « En ce qui concerne (C 18, II, p. 139), les rapports Dantziko-polonais, la Pologne fut obligée de prendre des engagements envers Dantzig, par exemple l'engagement d'assurer la conduite des affaires étrangères de la Ville libre de Dantzig et la protection des ressortissants dantziçois à l'Etranger. A cette occasion il faut se souvenir qu'il a été confirmé par une décision formelle des instances de la S.D.N. : *Poland has not the right to initiate and impose upon Danzig a definite foreign policy*. Le gouvernement de la Ville libre décide d'une façon indépendante à quels traités il veut adhérer. La Pologne ne peut pas traiter au nom de la Ville libre une affaire extérieure, sans la volonté de Dantzig et sans une demande spéciale. Le fait que la Pologne ait le droit, suivant une décision du Haut Commissaire de la S. D. N., du 17 novembre 1921 *to refuse the application if the matter involved is clearly to the detriment of the important interests of the Polish state*, n'est que juste, mais ne porte aucun préjudice au droit d'initiative de Dantzig ». Et le Mémoire conclut que la nature spéciale de la Ville libre de Dantzig, fondée sur le Droit public ne peut être la cause d'hésitations au sujet de sa demande de devenir collaborateur de l'importante Organisation internationale du Travail.

Pour le délégué de la Pologne (C 18, II, p. 37), les dispositions de l'article 104 du Traité de Versailles

ne peuvent être ni changées, ni modifiées sans le consentement de toutes les Puissances qui ont ratifié ce Traité. La Convention de Paris, les arrangements, les accords conclus entre la Pologne et la Ville libre, les décisions du Haut Commissaire, les décisions du Conseil de la S. D. N., ne sont autre chose que la source d'un droit secondaire subordonné à cette norme d'ordre fondamental...; il est évident que toutes ces conventions, tous ces accords, arrangements ou décisions étant de nature exclusivement dérivative ne peuvent se trouver en opposition avec la norme fondamentale du Traité de Versailles, qui constitue la loi suprême à laquelle tout est nécessairement subordonné et est obligé à une obéissance inconditionnée... En conformité parfaite avec cet aspect, le Haut Commissaire a formulé, dans les considérants de sa décision, en date du 17 décembre 1921, le point d'issue de chaque solution qui se rapporte aux pouvoirs et aux droits de la Pologne dans ce domaine. Il a dit notamment : « Il est de toute évidence que Dantzig ne peut pas conduire ses affaires étrangères, et que la Pologne doit le faire pour lui ». Point n° 7 de la décision. Le Haut Commissaire a accentué et même reproduit textuellement ces considérants, dans sa décision en date du 28 novembre 1922, concernant la question de la correspondance se rapportant aux relations extérieures de la Ville libre (point n° 4 de la décision sus-nommée...) La Constitution de la Ville libre, approuvée le 13 mai 1922 par le Conseil de la S. D. N., souligne expressément la capacité bien restreinte de la Ville libre dans le domaine des relations

extérieures... Incontestablement l'Organisation internationale du Travail présente quelques particularités remarquables dans sa structure interne. Néanmoins, elle est une union internationale aux buts qui ne sont nullement législatifs. [Or], quand il s'agissait de la participation de la Ville libre aux unions internationales, les droits respectifs de la Pologne n'ont jamais été niés, la Ville libre de Dantzig est devenue membre de maintes unions internationales et jamais la question n'a été posée que l'intervention de la Pologne et la représentation de la Ville libre par la Pologne aux conférences internationales respectives soient inadmissibles et encore moins illégales. En tout état de cause, la participation de la Ville libre à ces Unions n'était pas incompatible avec son statut juridique, tel qu'il est défini par le Traité de Versailles. La participation active de la Pologne à la conduite des affaires extérieures de la Ville libre démontre donc l'impossibilité fondamentale de faire participer la Ville libre à l'Organisation internationale du Travail.

En annexe à l'exposé du gouvernement polonais, la Cour a également à examiner une note du Bureau du B. I. T., du 28 mars 1930, note dont il est intéressant d'extraire le passage suivant :

« Les deux manifestations concrètes (C 18, II, p. 188), les plus importantes de la personnalité internationale sont la participation aux conférences internationales et la conclusion des traités. Aux termes de l'Accord intervenu le 27 janvier 1923, entre la Pologne et la Ville libre, les personnes désignées par Dant-

zig pour prendre part aux Conférences internationales ne pourront agir qu'avec la connaissance et le consentement du délégué polonais. A moins qu'une telle personne n'ait été elle-même désignée comme déléguée par le gouvernement polonais, elle doit être un des membres du personnel du délégué polonais, en tant que celui-ci agit au nom de la Ville libre... Au cas où la Pologne et Dantzig prendraient part toutes les deux à une Conférence internationale, la Pologne s'efforcera toujours de s'assurer un vote au nom de la Ville libre en plus du vote qu'elle possède à son propre nom. Le vote de Dantzig, dans ce cas, sera donné par le délégué, c'est-à-dire par le délégué polonais. Quant à la conclusion de traités par Dantzig, elle a été prévue et réglementée par l'article 6 de la Convention de Paris, du 9 novembre 1920... Pour compléter les indications qui précèdent il convient d'ajouter que dans la pratique, la correspondance relative aux affaires extérieures de Dantzig est échangée par l'intermédiaire du gouvernement polonais conformément à l'article 104 du Traité de Versailles ». Et la note de conclure (C 18, II, p. 191) : « la conduite des affaires extérieures de Dantzig par le gouvernement polonais *telle qu'elle est actuellement pratiquée* se plierait difficilement aux exigences précises de la Partie XIII.

Enfin devant la Cour le Conseiller juridique du B. I. T. déclare (C 18, II, p. 121) qu' « en soutenant l'opinion que la participation à l'organisation internationale du Travail comporte des démarches qui tout en présentant un caractère particulier et original,

appartiennent au domaine des affaires étrangères le Bureau international du Travail n'a pas seulement voulu adopter une position objective conforme à la nature des choses et à la terminologie de la Partie XIII — *il a aussi tenu compte de la pratique constante des Etats qui, elle aussi, est une source de Droit international positif et non la moindre* ».

.. **Avis de la Cour** [B18, p. 12].

« Aucune clause détaillée n'a été insérée dans la Convention de Paris pour régler la conduite par le gouvernement polonais des relations extérieures de la Ville libre. Le principe posé à l'article 104, 6° du Traité de Versailles a été répété. En conséquence de nombreuses divergences d'opinions quant aux affaires extérieures se sont fait jour entre la Pologne et la Ville libre, **mais une pratique sur laquelle les deux Parties semblent maintenant être bien d'accord** s'est graduellement développé sur la base des décisions du Haut Commissaire, ainsi que les accords et arrangements ultérieurs conclus entre la Pologne et la Ville libre sous les auspices de la S. D. N. **Il est maintenant communément admis** par la Pologne et la Ville libre que les droits de la Pologne en matière de conduite des relations extérieures de la Ville libre ne sont pas absolus. Le gouvernement polonais n'a pas le droit, contrairement à la volonté de la Ville libre, de lui imposer une politique déterminée, ni de prendre contre sa volonté des mesures visant ses relations extérieures. En revanche la Ville libre ne peut inviter la Pologne à prendre, relativement aux relations extérieu-

res de la Ville libre, des mesures opposées à la politique propre de la Pologne. Ainsi que l'a dit le Haut Commissaire dans sa décision du 17 décembre 1921, si la Pologne était obligée d'agir ainsi elle se trouverait placée sous la domination de la Ville libre et cette situation n'a certainement pas été envisagée par le Traité de Versailles... D'autres décisions du Haut Commissaire et des accords entre la Pologne et la Ville libre ont réglementé la représentation de Dantzig aux conférences internationales et la manière selon laquelle la correspondance entre la Ville libre et les Etats étrangers doit être transmise ». Or, l'activité normale d'un Etat membre de l'O. I. T. étant du domaine des relations extérieures, la Cour estime que l'adhésion de la Ville libre de Dantzig à l'O. I. T. est incompatible avec l'exercice des droits de la Pologne dans la conduite des affaires extérieures de Dantzig tel qu'il est actuellement pratiqué.

Avis n° 19 - Haute-Silésie
Ecoles minoritaires - 15 mai 1931 [A/B40]

Certains enfants s'étaient vus refuser par l'autorité polonaise l'accès aux écoles minoritaires allemandes de Haute Silésie. Des difficultés en résultent entre les gouvernements allemand et polonais. Le Conseil de la S. D. N. saisi du différend adopte à l'unanimité le 12 mars 1927 une Résolution qui établit un contrôle linguistique pour les enfants ayant fait l'objet de demandes d'inscription aux écoles allemandes pour l'année scolaire 1926-1927 et ayant été

exclus par les autorités politiques. Une deuxième Résolution du 8 décembre 1927 applique ce même contrôle aux enfants ayant fait l'objet de demandes d'inscription pour l'année scolaire 1927-1928. En novembre-décembre 1929, nouvelles difficultés pour l'année scolaire 1929-1930. Le Conseil de la S. D. N. décide de demander à la Cour un avis consultatif sur la question suivante: « Les enfants qui à la suite des examens linguistiques prévus par la Résolution du Conseil du 12 mars 1927, ont été exclus des écoles minoritaires allemandes, peuvent-ils se voir refuser maintenant et en raison de ce fait l'accès de ces écoles? » (A/B, 40, p. 5).

Or, au cours de la procédure le terme « année scolaire » se trouve être l'objet d'interprétations différentes.

D'après M. KAUFMANN, délégué de l'Allemagne (C 52, p. 120), « le terme « année scolaire » se rapporte aux demandes d'admission faites pour une année scolaire déterminée, qu'il s'agisse d'enfants qui doivent être transférés d'une école majoritaire à une école minoritaire ou inversement. Les demandes d'inscriptions à une école minoritaire telles qu'elles ont été déposées lors des inscriptions pour l'année scolaire 1926-1927, ont laissé ouverte aux parents, tuteurs, etc., la possibilité de transférer les enfants, dans une année scolaire suivante, à une école majoritaire de la même façon que l'inscription dans une école majoritaire n'exclut pas la possibilité d'une demande ultérieure d'inscrire les enfants à une école minoritaire pour une année suivante. Il est impossible d'attribuer

aux demandes d'inscriptions pour l'année scolaire 1926-1927 une autre importance que l'importance qu'elles ont normalement... Le caractère exceptionnel dont le Conseil de la S. D. N. a revêtu l'institution du contrôle linguistique pour l'année scolaire 1926-1927 exclut absolument de donner au terme « année scolaire » une interprétation extensive voire contraire au sens qu'il a normalement ». Il s'agit là, poursuit M. KAUFMANN « d'un terme connu et fixe de l'administration et de la technique scolaires dont l'emploi exclut tout malentendu. Aussi la Convention de Genève même l'a-t-elle employée sans avoir besoin de le définir, sa signification étant hors de doute. On parle d'année scolaire au même sens que l'on parle par exemple d'« année budgétaire », d'« année commerciale ».

Au contraire M. MROZOWSKI au nom du gouvernement polonais prétend (C 52, p. 131) qu'« en réalité, sous le terme d'« enfants d'une année scolaire » on comprend les enfants qui, en cette année, atteignent l'âge où commencent l'obligation scolaire et les études... La définition de l'année scolaire ne se trouve pas dans les actes législatifs; mais c'est un terme connu et employé dans la vie administrative, dans la correspondance administrative, etc... L'année scolaire dans les écoles primaires, qu'elles soient générales ou minoritaires en Haute Silésie, commence le 1^{er} septembre d'une année et se termine le 28 juin de l'année suivante; elle dure donc dix mois. Elle se distingue par deux chiffres; ainsi l'année qui a commencé le 1^{er} septembre 1926 s'est terminée le 28 juin 1927:

elle est désignée par le double millésime 1926-1927. L'obligation scolaire dure pendant huit pareilles années scolaires consécutives, de dix mois chacune et séparées par les vacances d'été. Elle commence pour les enfants qui ont atteint six ans avant le 1^{er} septembre. Chaque année l'administration communale forme une liste des enfants qui ont atteint l'âge de l'obligation scolaire; cette liste est communiquée aux dirigeants des écoles. C'est pourquoi *la coutume s'est établie* de désigner les enfants qui entrent dans la période de l'obligation scolaire comme enfants de la première année scolaire de leurs études. Ainsi les enfants qui ont atteint l'âge de six ans avant le 1^{er} septembre 1926 sont désignés comme enfants de l'année scolaire 1926-1927. Cette manière de désigner le caractère administratif de l'année a pour raison et pour but, entre autres, de marquer une distinction entre l'année scolaire et l'année du calendrier ».

M. le Juge, Baron Rolin JACQUEMYNS prend alors la parole (C 52, p. 160) « ...Est-ce que les enfants qui sont par exemple entrés en classe le 1^{er} septembre 1926, donc pour l'année scolaire 1926-1927, sont ultérieurement appelés les enfants de la classe 26-27, comme on le ferait pour une classe militaire. Est-ce que suivant les lois polonaises, ou *suivant la coutume administrative polonaise* on continuera à appeler les enfants qui ont dix ans et sont entrés à l'école il y a quatre ans les enfants de l'année scolaire 1926-1927? ».

— M. MROZOWSKI: «Où, M. le Juge parce que ces enfants ont été portés sur la liste faite en 1926 pour

l'année 1926-1927... Si un enfant a été porté sur la liste en mai 1926 pour l'année 1926-1927 son obligation scolaire dure huit ans à partir du 1^{er} septembre 1926. C'est pourquoi cette dénomination le suit ».

Avis de la Cour [A/B40, p. 17].

« Aucune preuve suffisante n'a été fournie qu'il y ait lieu dans le cas présent, d'entendre par « année scolaire » autre chose que la période (septembre à juin) pendant laquelle, chaque année, l'enseignement est donnée dans les écoles publiques. C'est donc uniquement en vue des années scolaires pour lesquelles l'admission était demandée que le contrôle linguistique a été établi ».

Avis n° 20 - Anschluss - 5 septembre 1931 [A/B41]

Cet avis rendu le 5 septembre 1931 par huit voix contre sept a trait à la grave question de l'Anschluss (25). Par un Protocole dressé à Vienne le 19 mars 1931 l'Allemagne et l'Autriche conviennent de conclure un traité en vue d'assimiler leurs rapports de politique douanière et commerciale par la constitution d'un régime d'union douanière. Or, l'article 88

(25) La Cour émet l'opinion que le régime de l'accord austro-allemand du 19 mars 1931 « ne constituant pas par lui-même un acte d'aliénation de l'indépendance de l'Autriche », n'est pas contradictoire avec l'article 88 du traité de Saint-Germain, mais qu'il prévoit pour l'Allemagne vis-à-vis de l'Autriche des « avantages » dont les tierces puissances sont exclues, que par conséquent ce régime n'est pas « en harmonie avec les engagements spécifiquement pris par l'Autriche [dans le Protocole de 1922] en ce qui concerne son indépendance économique », A/B 41, p. 52.

du Traité de Saint-Germain stipule : « l'indépendance de l'Autriche est inaliénable si ce n'est du consentement du Conseil de la S. D. N. En conséquence l'Autriche s'engage à s'abstenir... de tout acte de nature à compromettre son indépendance, directement ou indirectement et par quelque voie que ce soit ».

Et le Protocole n° 1 signé à Genève le 4 octobre 1922 entre l'Autriche, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et la Tchécoslovaquie dispose pour l'Autriche l'engagement « de ne pas aliéner son indépendance [et de s'abstenir] de toute négociation ou engagement économique ou financier qui serait de nature à compromettre directement ou indirectement cette indépendance ». Dès lors, un régime établi entre l'Allemagne et l'Autriche, sur la base et dans les limites des principes prévus dans le Protocole du 19 mars 1931 serait-il compatible avec l'article 88 du Traité de Saint-Germain et le Protocole n° 1 signé à Genève le 4 octobre 1922, telle est la question sur laquelle la Cour est priée de donner un avis consultatif.

Ce qui plane sur tous les débats de cette affaire, ce qui selon l'expression de M^e Paul BONCOUR, « assaille inévitablement l'esprit » quand on discute de l'accord économique de l'Autriche et de l'Allemagne, c'est *le précédent du Zollverein allemand*. Ainsi que le remarque le *Memorandum* du Gouvernement français (C 53, p. 628), Ce précédent s'impose à l'esprit lorsque, examinant les textes, on constate à quel point le Protocole de Vienne ressemble jusque dans les termes au Zollverein. Et conformément au principe valable

dans les processus sociaux, à savoir que les mêmes faits ont, en règle générale, les mêmes effets, l'Exposé tchécoslovaque arrive à la conclusion que compte tenu du cours normal des événements, l'union douanière austro-allemande serait un facteur important pour l'unité politique de l'Autriche et de l'Allemagne, autrement dit, qu'étant donné l'importance de ces deux Etats, de l'un par rapport à l'autre, elle serait un facteur mettant en danger l'indépendance de l'Autriche.

Et la Partie adverse se rend si bien compte que ce précédent obsède les esprits, qu'elle fait, elle aussi, appel à d'autres précédents pour démontrer qu'on peut facilement sortir des unions douanières, même quand elles ont été conclues entre des Etats d'inégale importance. Le représentant de l'Allemagne cite le cas de l'Union douanière de 1852 entre l'Autriche et le Liechtenstein, la Convention de 1865 entre la France et Monaco, la Convention de 1921 entre la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg, l'Union douanière de 1923 entre la Suisse et le Liechtenstein. Le représentant de l'Autriche ajoute à ces exemples l'accord de 1927 entre la Lettonie et l'Estonie, et l'Union douanière de la France et de la Sarre. Mais en réalité ces précédents ne sont pas pertinents, car ils sont le résultat d'un régime anormal, d'une guerre ou bien sont fournis par des Etats qui avaient la libre disposition de leur indépendance. Et ainsi que le remarque M. le professeur BASDEVANT (C 53, p. 418), les seuls exemples qui méritent d'être retenus sont ceux qui se réfèrent à des situations analogues

à celle de l'Autriche, c'est-à-dire à des Etats qui n'avaient pas la libre disposition de leur indépendance. La Belgique neutre était un de ces Etats. L'article 7 du Traité du 19 avril 1839, concernant la Belgique disposait : « La Belgique dans les limites indiquées aux articles 1, 2 et 4 formera un Etat indépendant et perpétuellement neutre ». Or, en 1919 des projets d'union douanière entre la Belgique et la France avaient été formés et ces projets ont échoué. Ils ont échoué parce que finalement on les avait considérés comme incompatibles avec le statut international de la Belgique, statut d'indépendance et de neutralité. « Voilà » conclut M. BASDEVANT « la tradition de la politique européenne, du droit européen qui s'est établie ».

Avis de la Cour [A/B41, p. 49].

« C'est en vain qu'on chercherait dans les unions douanières dont l'histoire politique a offert et offre encore des exemples, une comparaison utile avec l'union douanière projetée par le protocole austro-allemand. Il n'a pas, en effet, été établi qu'aucun des pays qui se sont liés par une union douanière ait eu un engagement quelconque de s'abstenir de tout acte, de toute négociation, de tout engagement économique de nature à compromettre son indépendance économique, ou de s'abstenir d'octroyer à une autre Puissance un régime spécial ou des avantages exclusifs de nature à menacer cette indépendance... Au cours de la procédure, la Cour a entendu certaines affirmations fondées sur le fait qu'une union douanière existait

entre la plupart des Etats allemands durant une grande partie du XIX^e siècle et que cette union douanière dans son stade plus récent et final, a été remplacée en 1871 par l'Empire allemand. Toutefois, aucune conclusion satisfaisante ne saurait être tirée de l'histoire du Zollverein allemand, car il n'y a aucun moyen de déterminer dans quelle mesure la fusion de 1871 fut la conséquence soit de la guerre de 1870, soit du Zollverein. En second lieu il est impossible d'évaluer les conséquences de la conclusion d'une union douanière sans tenir compte des dispositions spécifiques de l'arrangement que l'on se propose d'établir. Il n'y a point de type déterminé d'union douanière et chaque cas d'union de l'espèce doit être apprécié en lui-même ».

Opinion dissidente de M. le juge Anzilotti [A/B41, p. 72]

« Il m'est difficile d'attacher de l'importance au fait que d'autres unions douanières ont été considérées comme parfaitement compatibles avec l'indépendance des Etats et n'ont en fait exercé aucune influence appréciable sur la dite indépendance. Tout dépend des conditions dans lesquelles se trouvent les Etats qui ont contracté l'union; comme ces conditions ne sont jamais les mêmes, on ne peut argumenter d'un cas à l'autre qu'avec une extrême prudence. Le seul précédent historique qu'il y aurait lieu de retenir paraît être le Zollverein allemand; et cela à raison de l'analogie qui existe entre les conditions actuelles de l'Allemagne et de l'Autriche et les conditions des différents Etats allemands au cours du XIX^e siècle; sans

vouloir en exagérer aucunement l'importance il me semble qu'il serait difficile de contester que le Zollverein ait joué dans la préparation de l'unité allemande un rôle qui est loin d'être négligeable ».

*
**

L'avis rendu à propos de l'Anchlos nous intéresse encore à un autre point de vue : Le *Memorandum* du gouvernement français envisage le Protocole austro-allemand au regard de *pratiques du Droit international en matière économique* et les observations présentées à ce sujet ont retenu très nettement l'attention de la Cour :

« Quand bien même » s'exprime le *Mémorandum* (C 53, p. 620) « il serait fait abstraction des dispositions des traités de paix qui concernent l'indépendance de l'Autriche, l'initiative austro-allemande risque de soulever de la part des Etats tiers des protestations fondées tant sur les accords commerciaux en vigueur que sur les principes traditionnellement reconnus du Droit international ». Et le *Memorandum* envisageant une distinction qu'il n'est pas indispensable d'exposer ici, montre que si l'accord Austro-Allemand venait à être conclu il susciterait de sérieux différends entre les Etats au sujet de l'application de la clause de la nation la plus favorisée et risquerait de provoquer, d'un côté ou de l'autre la dénonciation de traités de Commerce actuellement en vigueur.

Avis de la Cour [A/B41, p. 52].

« Il est difficile de nier que le régime d'union douanière projetée, constitue un « régime spécial » et qu'il prévoit pour l'Allemagne, vis-à-vis de l'Autriche des « avantages » dont les tierces Puissances sont exclues. Vainement, on ferait valoir que le Protocole austro-allemand de 1931 (article 1, n° 2) prévoit que des négociations devront être entamées avec tout autre Etat qui en exprimait le désir, en vue d'un règlement analogue. Il est clair que cette éventualité laisse entier le résultat immédiat de l'union douanière telle qu'elle est dès maintenant projetée entre l'Allemagne et l'Autriche ».

*
* *

Enfin dans cette même affaire *la pratique internationale* a été invoquée à différentes reprises :

Le Mémoire du gouvernement allemand étudiant le statut juridique de l'Autriche (C 53, pp. 46-51) passe en revue diverses dispositions insérées dans les traités de paix de 1919 et dans les actes diplomatiques postérieurs et déclare à la suite de cet examen : *la pratique internationale prouve donc* que la reconnaissance d'un Etat s'exprime par la reconnaissance de son indépendance et de son territoire ».

De même le gouvernement autrichien (C 53, p. 87) estimant qu'il convient pour la solution de la question dont il s'agit « de déterminer le sens qui revient à la notion de l'indépendance employée *dans la doctrine et la pratique internationales* » déclare que pour interpréter les textes mentionnés dans la question soumise

à la Cour « il s'en tiendra aux principes d'interprétation *qu'en conformité avec la meilleure tradition arbitrale et doctrinale, la Cour a appliqués et consacrés dans sa pratique déposée dans quarante fascicules d'arrêts, avis et ordonnances* ».

Avis de la Cour [A/B41, p. 45].

« Si l'on considère les observations générales présentées au début du présent avis et concernant le statut actuel de l'Autriche, et qu'elles que soient les définitions données de l'indépendance des Etats, soit dans la doctrine, soit dans tels ou tels cas particuliers de la politique des Etats (*in the practice of states*) — au sens du Traité de Saint-Germain, article 88, l'indépendance de l'Autriche doit s'entendre du maintien de l'existence de l'Autriche dans ses fonctions actuelles comme Etat séparé, restant seul maître de ses décisions aussi bien dans le domaine économique que dans le domaine politique financier ou autre... »

Avis n° 22 - Port de Dantzig
Stationnement - 11 décembre 1931 [A/B43]

La Cour est priée d'émettre son avis sur la question suivante :

« Le Traité de paix de Versailles, Partie III, Section XI, la Convention dantziko-polonaise conclue à Paris, le 9 novembre 1920, les décisions pertinentes du Conseil de la S. D. N. et du Haut Commissaire, confèrent-ils à la Pologne des droits ou attributions, quant à l'accès et au stationnement des navires de guerre

polonais dans le port et les voies d'eau de Dantzig ? Dans l'affirmative quels sont ces droits ou attributions ? » (A/B 43, p. 129).

La Pologne soutient qu'elle a acquis pour ses navires de guerre et sous le nom de *port d'attache* des droits d'accès et de stationnement à Dantzig. Mais que signifie exactement cette expression de port d'attache ?

L'agent du gouvernement polonais recherche (C55, pp. 289, 290) la signification exacte de cette expression dans *la manifestation concrète* de ce droit au port d'attache ; il examine les différentes opérations auxquelles les navires de guerre polonais se sont livrés dans le port de Dantzig en vertu même de ce droit au port d'attache, à savoir : mouillage dans le port, stationnement dans les bassins, réparations, consommation par les équipages de diverses marchandises, opérations répondant toutes à des besoins administratifs et économiques. C'est dans *cet état de fait* existant depuis l'Accord provisoire polono-dantzikois du 8 octobre 1921, *dans cette pratique exercée depuis plus de dix ans*, que le gouvernement polonais trouve les éléments les plus sûrs de ce droit au port d'attache.

Avis de la Cour [A/43, p. 141].

« Il est clair que lors des premières discussions à Genève et à Dantzig le terme « port d'attache » ne fut jamais employé dans son acception technique, ni au sens qu'il a généralement dans les conventions visant les bateaux de pêche et les navires marchands telles que la Convention de 1882 sur les pêcheries de la Mer du Nord, la Convention de Bruxelles de 1910

sur les abordages, ni dans le sens plus spécial où il est employé dans l'administration de la Marine de guerre française à l'égard des bâtiments de guerre français. Il s'ensuit toutefois que s'il n'est fait usage du terme « port d'attache » que dans le sens de droit d'accès et de stationnement, les limites des droits revendiqués sont laissés imprécises. Ni l'accès ni le stationnement ne sont des termes techniques et le gouvernement polonais n'a fourni aucune indication quant à la mesure dans laquelle l'exercice des droits revendiqués doit être soumis au contrôle des autorités locales à Dantzig. On se borne à dire que les droits accordés à la Pologne n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation définitive.

Opinion dissidente de M. le juge Rostworowski
[A/B43, p. 153].

La substance même des droits éventuels de la Pologne « ne peut être mieux illustrée et précisée que par *la pratique de plus de dix années*, ayant son origine dans l'accord conclu le 8 octobre 1921, sous les auspices de la S. D. N., par la Pologne et la Ville libre. Or, *sui vant cette longue pratique*, l'accès et le stationnement sus-dits se traduisent pour les navires de guerre polonais en abri, mouillage, ravitaillement, réparations, achats de diverses matières, etc., opérations dont l'agent du gouvernement polonais a fourni à la Cour, pendant les débats oraux une description détaillée — opérations toutes d'ordre administratif et de caractère économique, dont l'ensemble permet de qualifier l'usage du port de Dantzig d'usage exclusive-

ment pacifique, impossible à confondre avec l'établissement d'une base navale, expressément interdit. C'est sur ces facultés, constituant l'objet précis et nullement vague et indéterminé — de l'accès et du stationnement des navires de guerre polonais à Dantzig que s'est porté l'intérêt du Conseil de la S. D. N. ».

Avis n° 23 - Dantzig

Traitement des Polonais - 4 février 1932 [A/B44]

La Pologne soutient que la question du traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de la Ville libre de Dantzig, doit être résolue uniquement sur la base de l'article 104, alinéa 5 du Traité de Versailles (26). Cette clause, selon le gouvernement polonais, interdit toute discrimination au préjudice des ressortissants polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise, par comparaison avec les ressortissants dantzikois d'origine allemande; en d'autres termes ces personnes auraient droit au traitement national. « La norme de l'article 104, alinéa 5 » dit le Mémoire polonais (C 56, p. 23) « est une partie organique constitutive de la structure politique de la Ville libre, une des conditions d'existence de celle-ci.

(26) Aux termes de l'article 104 du traité de Versailles: « Une convention, dont les principales puissances alliées et associées s'engagent à négocier les termes, et qui entrera en vigueur en même temps que sera constituée la Ville libre de Dantzig, interviendra entre le Gouvernement polonais et la dite Ville libre en vue... 5° de pourvoir à ce qu'aucune discrimination soit faite dans la Ville libre de Dantzig, au préjudice des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise. »

La stipulation dans laquelle elle est contenue n'est pas un engagement normal de Droit international dépendant de la bonne volonté des contractants. C'est pourquoi aucune comparaison ni analogie avec la pratique d'accords internationaux, de traités de commerce pas plus qu'avec *les usages internationaux* ne sauraient trouver ici d'application ». Et pour écarter le recours aux *principes établis par la coutume internationale* M. DE VISSCHER, représentant de la Pologne cherche à tirer parti de l'échec de la Conférence internationale du traitement des Etrangers ayant siégé à Paris, du 5 novembre au 5 décembre 1929. Cette conférence, dit-il, a donné le spectacle des plus grandes divergences de vues et elle s'est terminée par un échec complet. Et M. DE VISSCHER d'ajouter (C 56, p. 259) : « sans doute l'échec d'une conférence de Droit international ne suffit pas toujours à démontrer qu'il n'y a pas de règles existantes ou que ces règles sont incertaines. Mais ici dans la question qui nous occupe, les divergences de vues qui se sont manifestées à la Conférence de Paris ne reflétaient que trop exactement *la diversité des pratiques gouvernementales* ».

Le gouvernement dantzikois estime que les personnes d'origine ou de langue polonaise ont droit sur le territoire de la Ville libre au régime habituel de protection des minorités. Et, conformément à la *coutume internationale*, tous les habitants de la Ville libre se sont vus reconnaître par divers articles de la Constitution, l'égalité devant les Tribunaux, la liberté individuelle, la liberté d'exprimer son opinion verbalement

et de toute autre manière, la liberté de culte et l'inviolabilité de la propriété privée. Ces droits et libertés rentrent dans les cadres du *Droit Coutumier international* relatif au traitement des Etrangers. « Le droit de la Pologne de demander à Dantzig leur observation ne résulte pas du fait de leur insertion dans la Constitution, mais de leur caractère de *normes du Droit général international coutumier* » (C 56, p. 181)

Avis de la Cour [A/B44, p. 23].

« Le fait que le statut juridique de Dantzig est *sui generis*, n'autorise pas le gouvernement polonais à se départir **des principes usuels** qui régissent les relations entre les Etats et à établir de nouvelles règles pour les relations entre la Pologne et la Ville libre... Si, d'une part, **d'après les principes généralement admis**, un Etat ne peut vis-à-vis d'un autre Etat, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du Droit international et des engagements internationaux valablement contractés, d'autre part et inversement, un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le Droit international ou les traités en vigueur. L'application de ces principes au cas dont il s'agit, a pour effet que la question du traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise, doit être résolue exclusivement **sur la base des règles du Droit international** et des dispositions conventionnelles en vigueur entre la Pologne et Dantzig. » Et en définitive par neuf voix contre quatre la Cour est

d'avis que cette question du traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise, dans le territoire de Dantzig, doit être résolue non sur la base de la Constitution de la Ville libre, mais sur celle de l'article 104, alinéa 5, du Traité de Versailles... ainsi que le cas échéant sur la base d'autres stipulations conventionnelles en vigueur et **du Droit international Commun** ».

Arrêt n° 18 - Statut de Memel (exception)
24 juin 1932 [A/B47]

A la suite de la révocation du Président du Directoire par le gouverneur du territoire de Memel, la Cour est appelée à interpréter différentes dispositions du statut de Memel. En autres questions elle a à résoudre celle de savoir si le gouverneur du Territoire a le droit de révoquer le président du Directoire. Les parties sont d'accord pour admettre que le pouvoir de révoquer le président du Directoire n'est pas en termes expres conféré au gouverneur, mais le gouvernement lithuanien soutient que ce pouvoir est implicite, tandis que les Quatre Puissances (Grande-Bretagne, France, Italie, Japon), qui par la Convention du 8 mai 1924, transférèrent à la Lithuanie la souveraineté sur le Territoire de Memel interprètent une disposition du statut dans le sens de l'exclusion du pouvoir de révocation. Le passage que visent les Quatre Puissances et une disposition de l'article 17 du Statut, selon laquelle le président est nommé par le gouvernement et restera en fonctions aussi longtemps qu'il possède la confiance de la Chambre des Représen-

tants. Et les Quatre Puissances d'en déduire que le gouverneur ne peut révoquer un président auquel la Chambre accorde sa confiance.

Au contraire; d'après la thèse soutenue par la Lithuanie le droit pour le gouverneur de désigner le président du Directoire, implique le droit de révocation et l'intention du Statut était de conférer au gouverneur le droit d'exercer une surveillance et un contrôle constants sur l'activité des autorités de Mémel. Si ces dispositions ne sont pas l'objet d'une mention expresse dans le Statut, il n'y a pas lieu de s'en étonner car les 38 articles de ce statut ne peuvent prétendre « régir la vie constitutionnelle toute entière du Territoire ». Il en résulte que (C 59, p. 307) « pour autant que la Convention de Paris présente une limitation internationale de la souveraineté de l'Etat lithuanien, cette limitation conformément à la jurisprudence de la Cour, doit être interprétée restrictivement, tandis que les dispositions d'ordre constitutionnel du Statut doivent être interprétées *en conformité avec les principes du Droit Constitutionnel* et qu'en cas d'absence de texte ou si le texte manque de clarté, *l'analogie avec d'autres Constitutions ainsi que la doctrine des publicistes les plus qualifiés* peuvent servir de moyens auxiliaires pour interpréter les textes imprécis ou combler les lacunes ». Et l'agent du gouvernement lithuanien montre comment *la pratique constitutionnelle* de trois Etats fédératifs : les Etats-Unis d'Amérique, la Suisse et l'Allemagne, a comblé les lacunes des constitutions sur la répartition des pouvoirs entre l'Union et ces Etats. Par conséquent,

conformément à cette pratique il est tout à fait légitime que le gouverneur de par le droit qui lui est reconnu de désigner le président du Directoire, ait par là même le droit de le révoquer.

Arrêt de la Cour [A/B47, p. 320].

« L'argument invoqué à l'appui de ce droit de surveillance et de contrôle allégué, consistait presque entièrement en déductions empruntées aux constitutions en vigueur dans d'autre pays à **la pratique constitutionnelle** d'autres pays, et à des extraits d'ouvrages dont les auteurs ont étudié ces constitutions. La Cour trouve dans la Convention de Paris et ses annexes, la base de sa conclusion selon laquelle le gouverneur a le droit, dans certaines circonstances, de révoquer le président du Directoire. **Dans ces conditions il n'est pas nécessaire d'examiner dans quelle mesure les constitutions d'autres Etats peuvent servir de guide dans l'interprétation du statut de Mémel** ».

Avis n° 25 - O. I. T. - Travail de nuit des femmes
15 novembre 1932 [A/B50]

D'après l'article 3 de la Convention de 1919, concernant le travail de nuit des femmes, « les femmes sans distinction d'âge, ne pourront être employées pendant la nuit dans aucun établissement industriel public ou privé... ». Les femmes occupant des postes de surveillance ou de direction sont-elles visées par cet article ?

Non, soutient le gouvernement allemand qui tout en admettant que la distinction n'apparaît pas dans la ré-

daction littérale de l'article 3, estime par contre qu'elle résulte de l'intention des auteurs de la Convention, des travaux préparatoires et de la pratique des Etats. A l'égard de ce dernier argument, le Mémoire du B. I. T. fait valoir (C 60, p. 177) que la procédure de révision de la Convention entamée en 1930, a révélé qu'en de nombreux pays l'article 3 de la Convention n'est pas considéré comme comportant une interdiction absolue s'étendant à toutes les femmes. Parmi les gouvernements consultés en 1930, sur la proposition britannique de révision, un assez grand nombre ont catégoriquement déclaré qu'ils considéraient que la Convention n'était pas applicable aux femmes occupant des postes de surveillance ou de direction. Au cours des débats qui eurent lieu sur cette question, tant au Conseil d'administration du B. I. T., qu'à la Conférence de 1931, il apparut que cette interprétation était acceptée notamment en Allemagne, en Belgique, en France, en Grèce, en Hongrie, dans l'Inde, en Italie, en Roumanie. « Or, sans doute, remarque plus loin le Mémoire du B. I. T., le fait que *la pratique d'un grand nombre d'Etats s'écarte de l'interprétation littérale est assurément très important. Mais cette pratique n'est pas unanime* ». En effet l'Afrique du Sud, l'Autriche, la Grande-Bretagne, la Norvège, la Suisse manifestent une opinion nettement contraire. D'autre part, d'après certaines informations fournies par le gouvernement britannique, sur dix-sept Etats consultés sur l'interprétation qu'ils donnaient au terme *femme*, au regard de la Convention sur le travail de nuit, quatre ou cinq seulement prétendirent adopter

le sens restrictif d'ouvrières. Certains gouvernements, remarque M. FACHIRI, avocat du gouvernement britannique, déclarent que la Convention s'applique aux femmes exerçant des postes de surveillance et de direction, d'autres ne voient pas en ces dernières les seules exceptions, d'autres enfin affirment que la Convention s'applique à toutes les femmes sans exception. Il est par conséquent évident que cette prétendue pratique ne nous apprend rien de plus (27).

Avis de la Cour [A/B50, p. 371].

« Après cet événement [rejet de la proposition de l'article 3 à la Conférence internationale du Travail de mai 1931] un seul fait demeurerait évident : c'est que les termes de la Convention étaient interprétés de deux façons très différentes. Certains gouvernements voyaient, dans l'article 3, une interdiction du travail de nuit applicable à toutes les femmes. D'autres se croyaient autorisés à exclure certaines catégories de travailleuses de l'application de la Convention ». Et la Cour ne découvrant par ailleurs aucun motif valable pour restreindre l'application de l'article 3 aux femmes qui effectuent un travail manuel, est d'avis que la Convention s'applique également aux femmes qui occupent des postes de surveillance ou de direction et n'effectuent pas normalement un travail manuel.

(27) Texte original: Some governments say the Convention applies to women in posts of supervision and managements. Others say there are other exceptions. Others, again say that it applies to all women without exception. It is obvious, therefore, that this so called practice carries one no further.

Arrêt n° 20 - Groenland Oriental (Fond)

5 avril 1933 [A/B53]

Le 10 juillet 1931, le gouvernement norvégien publie une proclamation où il déclare avoir procédé à l'occupation de certains territoires du Groenland oriental. Or, selon le gouvernement danois, ces territoires sont soumis à la souveraineté de la Couronne danoise. La Cour doit alors se prononcer sur la légalité de cette proclamation, dire, en somme, qui de la Norvège ou du Danemark a des droits de souveraineté sur le Groenland. Au cours de la longue procédure de cette importante affaire, *la pratique internationale* fut très fréquemment invoquée par les délégués des deux gouvernements en cause. Mais nous ne considérerons pas ici tous les cas où son autorité fut sollicitée, car ces appels aux précédents et à la pratique constante des Etats ne peuvent être utilement retenus qu'autant qu'ils ont trait à des question prises en considération dans l'arrêt de la Cour.

A l'appui de sa thèse, le gouvernement danois avance un premier argument : la souveraineté dont il jouit actuellement sur le Groenland existe depuis longtemps ; elle a été exercée de façon continue et pacifique et jusqu'au différend actuel elle n'a été contestée par aucune puissance. *La pratique internationale* conventionnelle du XIX^e et du XX^e siècle prouve que l'attitude des gouvernements étrangers sans exception aucune est nettement fixée. Partout et toujours le Groenland dans son ensemble a été traité comme pays danois et c'est toujours avec le Danemark et avec le

Danemark seul que les Puissances étrangères ont traité. Un grand nombre de conventions récentes obligent le Danemark à accorder à des Puissances étrangères le traitement de la nation la plus favorisée pour celles de leurs marchandises qui sont importées au Groenland. D'autres traité exceptent le Groenland en ajoutant que les Etrangers ne doivent pas s'y livrer au commerce et à la navigation sans l'autorisation du gouvernement danois. D'ailleurs, pendant tout le cours du XIX^e et la première partie du XX^e siècle la Norvège n'a jamais soulevé la moindre objection contre la possession par le Danemark de la souveraineté sur l'ensemble du Groenland. Bien au contraire chaque fois qu'elle en a eu l'occasion, elle a expressément ou tacitement reconnu cette souveraineté; et le Mémoire cite différents exemples (C 62, p. 108).— En conséquence (C 62, p. 3405), « le gouvernement danois maintient que *l'assentiment général* donné par la Communauté des Etats à l'exercice de cette souveraineté constitue pour le juge international le critère à la fois le plus précis, le plus concret, et le plus solide du bien fondé de cette souveraineté au regard du Droit international lui-même. On ne peut raisonnablement considérer comme justifiée une contestation isolée qui vient à un moment se dresser contre *une pratique générale, ancienne et constante* ».

Arrêt de la Cour [A/B53, p. 51].

« Afin d'établir la thèse danoise selon laquelle le Danemark aurait exercé, en fait, pendant une longue période, la souveraineté sur tout le Groenland, les

avocats du Danemark ont insisté sur la longue série de conventions — principalement des accords commerciaux — qui furent conclues par le Danemark et dans lesquelles, avec l'approbation de l'autre partie contractante, une stipulation fut insérée qui spécifiait que la Convention ne s'appliquerait pas au Groenland...

L'importance de ces traités consiste en ce qu'ils témoignent d'une disposition des Etats avec lesquels le Danemark a contracté, à admettre son droit d'exclure le Groenland... Si les Parties sont convenues que le Traité ne doit pas s'appliquer à un territoire donné et si ce territoire n'est désigné que par un nom, la conclusion naturelle est qu'il n'y avait point de divergence entre elles, quant à l'étendue du territoire auquel s'appliquait ce nom... Dans la mesure où ces traités viennent à l'appui de la reconnaissance de sa souveraineté sur le Groenland en général, le Danemark a le droit de se fonder sur eux. Ces traités peuvent également être considérés comme démontrant suffisamment de la part du Danemark, l'intention et la volonté d'exercer la souveraineté sur le Groenland.

*
* *

Le gouvernement danois présente un deuxième argument : la Norvège a elle-même reconnu la souveraineté du Danemark sur le Groenland tout entier. Notamment, le 22 juillet 1919, au cours d'entretiens diplomatiques, le Ministre des Affaires étrangères de Norvège promit au Ministre du Danemark que « le gouvernement norvégien ne ferait pas de difficultés

au règlement de cette affaire » (à savoir la reconnaissance de la souveraineté du Danemark sur le Groenland).

La Norvège soutient (C 62, p. 568) qu'elle n'est pas liée par cette déclaration car le Droit Constitutionnel norvégien ne fournit aucun fondement à la doctrine selon laquelle le Ministre des Affaires étrangères aurait compétence pour engager l'Etat par des déclarations qui d'après les règles constantes en Norvège demandent une décision prise en Conseil des Ministres.

Le gouvernement danois estime qu'une telle assertion n'est pas seulement contraire à la réalité, mais *incompatible avec les règles du Droit international « telles qu'elles se trouvent exprimées dans la littérature et dans la pratique des Etats »* (C. 62, p. 876). Il n'y a aucun doute que d'après la conception du Droit international existante, le Ministre des Affaires étrangères d'un pays est légitimé pour exprimer d'une manière obligatoire la volonté de son gouvernement à l'égard d'autres pays... l'autre Partie contractante ne saurait être tenue à rechercher si certaines pratiques de pure forme d'une espèce ou d'une autre, mais appartenant au Droit interne, ont été observées ou non ».

Arrêt de la Cour [A/B53, p. 71].

« Une telle réponse à une démarche du représentant diplomatique d'une Puissance étrangère, faite par le Ministre des Affaires étrangères, au nom du gouvernement dans une affaire qui est de son ressort, lie le pays dont il est le ministre ».

Opinion de M. le juge Anzilotti [A/B53, p. 91].

« La question de la compétence du ministre des Affaires étrangères est étroitement liée au contenu de l'accord dont il s'agit... Aucune décision arbitrale ou judiciaire touchant la compétence internationale du Ministre des Affaires étrangères n'a été portée à la connaissance de la Cour ; et la question n'a pas été non plus beaucoup approfondie par la doctrine. A mon avis, on doit reconnaître l'existence *d'une pratique constante et générale des Etats* qui attribue au Ministre des Affaires étrangères, agent immédiat du chef de l'Etat, le pouvoir de faire aux représentants diplomatiques étrangers, des communications relatives aux affaires courantes, et en particulier pour les déclarer quelle attitude le gouvernement au nom duquel il parle adoptera dans une question donnée. Des déclarations de ce genre sont obligatoires pour l'Etat. Quant au point de savoir si le Droit constitutionnel norvégien autorisait le Ministre des Affaires étrangères à faire la déclaration dont il s'agit, c'est là une question qui à mon avis ne concerne pas le gouvernement danois : il appartenait à M. IHLEN (28) de ne pas donner sa réponse sans avoir obtenu les consentements éventuellement nécessaires selon la loi norvégienne ».

Et M. le professeur STRUPP, prié par le gouvernement danois de donner un avis consultatif sur la question litigieuse, termine son étude par ces lignes qu'il est intéressant de citer ici (C 64, p. 1920) : « des conventions, conclues entre 1814 et 1919, ainsi que du

(28) Ministre des Affaires étrangères de Norvège.

Droit international coutumier sur le droit d'occupation tel qu'il ressort de la doctrine des publicistes les plus qualifiés et de sentences internationales... il ressort que la Norvège, en déclarant occupée une partie du Groenland oriental, a violé des prescriptions internationales valables entre elle et le Danemark, et doit de ce fait supporter les conséquences de cet acte, en rétablissant le *statu quo ante sa proclamation*.

Arrêt n° 21 - Université Peter Pazmazzy

15 décembre 1933 [A/B61]

Le 30 décembre 1923, l'Université de Budapest introduit contre le gouvernement tchécoslovaque, devant le Tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque une instance relative à certains biens fonciers qu'elle prétend lui appartenir, mais qui étant situés sur les territoires transférés de la Hongrie à l'Etat tchécoslovaque ont été l'objet d'une saisie de la part dudit Etat. L'Université demande la restitution de ces biens. Le 3 février 1933, le Tribunal arbitral mixte rend une sentence qui à la requête du gouvernement tchécoslovaque est portée devant la Cour. Une grande partie de la discussion qui se déroule devant la Cour se rapporte à la question de savoir si l'Université est une personne morale.

Le gouvernement tchécoslovaque le conteste et invoque à l'appui de sa thèse l'opinion des autorités gouvernementales et des juristes « L'Etat hongrois, le gouvernement hongrois, les autorités hongroises *ont toujours considéré ces biens* comme propriété d'Etat »

(C 72, p. 124). En 1870, le Parlement hongrois charge un Comité d'examiner la situation de droit du fonds universitaire. Ce Comité après avoir examiné tous documents utiles et entendu diverses personnalités officielles spécialement qualifiées, arrive à cette conclusion que les biens litigieux du fonds universitaire constituent la propriété de l'Etat hongrois. En 1880 mêmes conclusions d'un nouveau comité. « Il y a lieu de compléter les considérations relatives aux biens du fonds universitaire aussi par *la doctrine des juristes hongrois* qui en grande partie partage l'opinion que le fonds universitaire constitue ou bien, le patrimoine public (Michel ZSILINSKY) ou bien le patrimoine d'une fondation publique. (Ainsi les professeurs L. NECKAM, KOSUTANY, Armin FODOR, de même que ALMA-SI qui considère le fonds universitaire comme étant distinct de l'Université (C 72, p. 38). Cette étatisation correspond aux tendances générales qui se sont manifestées en Hongrie. « Elle ressort clairement de l'œuvre de l'éminent auteur L. MARKUS, *Das Ungarisch Verwaltungsrecht* (le Droit hongrois administratif) »

Le gouvernement hongrois soutient au contraire que la personnalité morale a bien été reconnue à l'Université Peter Pázmázy et pour le prouver, il s'efforcera, dit le Contre Mémoire hongrois (C 72, pp. 193, 194): « de se tenir aussi exclusivement que possible, aux actes et textes ayant eu eux-mêmes force juridique et constituant en eux-mêmes des sources pour les situations de droit recherchées... Il tâchera d'éviter soigneusement d'invoquer comme preuves, des textes ne contenant que des assertions et opinions indivi-

duelles et subjectives... leur nombre n'est dépassé que par leur caractère souvent diamétralement contradictoire... Le remède le plus efficace pour se défendre contre ces opinions contradictoires et plus ou moins superficielles, c'est de ne tenir compte que des actes juridiques eux-mêmes ayant pu engendrer du droit ». Et se conformant à cette ligne de conduite, le délégué du gouvernement hongrois recherche *dans la pratique* la réalité de la personne morale de l'Université. Il serait superflu de reproduire ici tous les actes et documents auxquels fait appel le délégué du gouvernement hongrois, car la Cour retient dans son arrêt la plupart des manifestations de cette pratique.

Arrêt de la Cour [A/B61, p. 229].

« Quoiqu'il en soit du moment précis auquel l'Université aurait acquis la personnalité morale conformément au droit alors en vigueur en Hongrie, il suffit de constater que cette personnalité lui était incontestablement reconnue à la fin du XVIII^e siècle et au commencement du XIX^e. A cet égard, l'examen approfondi que la Cour a entrepris des documents pertinents ne laisse aucun doute sur le fait que l'Université était alors considérée comme une personne morale capable de recevoir des donations et d'être propriétaire de biens. Ces documents sont notamment la donation faite par la reine Marie-Thérèse, le 17 juillet 1769... la donation du 13 février 1775 et le « diplôme inaugural » du 25 mars 1780, par lesquels la reine fit à l'Université d'autres dons et confirma les donations précédentes — l'acte de nouvelle donation de Fran-

çois I^{er}, en date du 20 janvier 1804, par lequel toutes les donations royales précédentes furent confirmées, — les actes par lesquels, conformément aux lettres royales d'investiture et d'installation, l'Université fut dûment installée dans la propriété et dans la possession des domaines qui lui avaient été donnés... La Cour ne croit pas nécessaire de s'arrêter aux... arguments développés par l'agent du gouvernement tchécoslovaque, surtout au cours de la procédure orale et tirés d'opinions individuelles plus ou moins autorisées d'auteurs et d'hommes politiques hongrois. Dans la plupart des cas, il s'agit d'opinions qui envisageraient un changement à introduire dans la situation actuelle concernant les biens de l'Université et en conséquence de manifestations politiques qui n'ont rien à faire avec la question de droit que la Cour doit résoudre. Mais en fut-il autrement et y eût-il quelque opinion privée, officieuse ou officielle qu'on pût vraiment considérer comme favorable à la thèse soutenue par le Gouvernement tchécoslovaque, **cette opinion ne pourrait en aucun cas prévaloir... sur la masse de documents clairs, précis et concordants, qui démontrent la personnalité morale de l'Université** ». Et par douze voix contre une la Cour décide que le gouvernement tchécoslovaque doit restituer à l'Université Peter Páz-mázy, les biens immobiliers qu'elle réclame.

Arrêt n° 22 - Affaire franco-hellénique des phares

17 mars 1934 [A/B62]

« La question soumise à la Cour est de savoir si un contrat conclu le 1^{er} /14 avril 1913, entre le Gouvernement Ottoman et une société française... à l'effet de prolonger la concession pour l'entretien des phares sur les côtes de l'Empire Ottoman, est dûment intervenue et partant est opérant vis-à-vis du Gouvernement hellénique en ce qui concerne les phares situés sur les territoires attribués à la Grèce, à la suite des guerres balkaniques ou postérieurement (A/B 62, p. 7). L'affirmative est soutenue par la France et la négative par la Grèce. En vertu de ce contrat, les concessionnaires s'engagent à construire et entretenir un certain nombre de phares situés sur les côtes de l'Empire Ottoman, et, en revanche, sont autorisés à percevoir les droits de phares, une part de ce produit de ces taxes étant attribué au Gouvernement impérial. Le mauvais état des finances ottomanes pousse le Gouvernement impérial à affecter au remboursement d'emprunts, la part qui devait lui revenir dans les recettes des phares jusqu'à l'expiration de la concession. Et la loi du 1^{er}/14 avril 1913, renouvelle, et le contrat de concession, et le contrat d'emprunt. Mais les Chambres étant en vacances lors de la conclusion de ces contrats, c'est le Gouvernement qui, conformément à l'article 36 de la Constitution ottomane, édicte la loi du 1^{er}/14 avril 1913, et la fait ensuite ratifier par les Chambres.

L'article 36 de la Constitution ottomane est ainsi conçu :

« En cas de nécessité urgente, si l'Assemblée générale n'est par réunie et si le temps ne permet pas la convocation de la Chambre pour le vote d'une loi destinée à prémunir l'Etat contre un danger ou à sauvegarder la sécurité publique, le Ministère peut prendre des dispositions qui ont force de loi provisoire jusqu'à la convocation du Parlement, si elles ne sont pas contraires aux prescriptions de la Constitution, à la condition qu'elles soient sanctionnées par iradé impérial et soumises à l'Assemblée générale, dès que celle-ci est réunie ».

Le Gouvernement hellénique reconnaît qu'à l'époque de la conclusion du contrat, l'Assemblée générale ottomane n'était pas réunie, que le décret-loi du 1^{er}/14 avril 1913 ne contient pas de dispositions contraires à la Constitution ottomane, qu'il a reçu la sanction impériale, mais il prétend que l'autorisation à la prolongation d'une concession prenant fin en 1924, ne pouvait être en 1913, ni urgente ni importante pour la sécurité publique, que le décret-loi du 1^{er} avril 1913 est par conséquent en contradiction formelle avec la loi Constitutionnelle.

Dans une consultation sollicitée par le Gouvernement français, M^e MANASSE, avocat turc, après avoir montré le caractère périlleux que revêtait alors la pénurie du Trésor turc, ajoute (C 74, p. 186) : qu' « il y a lieu de faire état, pour combattre l'argument d'inconstitutionnalité allégué par le Gouvernement hellénique, de la différence qui a toujours existé en cette matière entre la lettre de la Constitution et la

pratique immuable. Jamais le pouvoir exécutif n'a été blâmé d'avoir légiféré dans des circonstances autres que celles prévues à l'article 36. Jamais le Parlement ne lui a adressé le reproche d'avoir violé la Constitution. Jamais, dans la pratique, il n'a refusé de ratifier une loi provisoire qui était présentée à sa ratification par le Gouvernement, pour le motif qu'il la désapprouvait... *Cette pratique constante et formelle* vaut, au besoin, modification de la Constitution dans le sens voulu pour la rendre légale ».

Arrêt de la Cour [A/B62, p. 22].

« **Dans la pratique constitutionnelle turque**, le champ d'application de la législation extraordinaire a été extrêmement large, ainsi qu'il ressort de certaines consultations annexées au Mémoire et au Contre-Mémoire français, consultations dont l'exactitude n'a pas été contestée par le Gouvernement hellénique. Il faut relever que d'après ces consultations, même après la réforme de 1909, il y a eu des périodes pendant lesquelles les trois-quarts des actes législatifs promulgués étaient des décrets-lois, dont beaucoup relatifs à des affaires qui ailleurs font l'objet des travaux législatifs parlementaires. **Cette pratique paraît avoir rencontré l'assentiment tacite général**...; le décret-loi du 1^{er}/14 avril 1913, doit donc être accepté comme régulièrement édicté au point de vue de l'article 36 de la Constitution ottomane.

*
* *

Le Gouvernement hellénique soutient que le décret-loi du 1^{er} avril 1913, est également contraire aux

règles du Droit international, parce qu'avant la ratification dudit décret par le Parlement ottoman, les territoires occupés par les troupes helléniques étaient déjà annexés à la Grèce et il était dès lors impossible au Parlement ottoman de légiférer pour des territoires sortis de la souveraineté ottomane. « Il est de principe, en effet, » dit le Mémoire du Gouvernement hellénique (C 74, p. 125) : « que si l'Etat dont quelques provinces ont été occupées par les forces ennemies conserve théoriquement ses droits de souveraineté sur ces provinces, sa souveraineté, le pouvoir politique, le droit enfin de gouverner et d'administrer, se trouvent pourtant suspendus et paralysés du fait de l'occupation ennemie... La conséquence logique de ce fait est que le gouvernement légitime n'a pas le droit d'octroyer des concessions sur le territoire occupé, ni de proroger la durée de celles qui étaient accordées antérieurement ». Et le Mémoire du Gouvernement hellénique cite à l'appui de sa thèse les opinions de publicistes qualifiés : E. NYS, A. PILLET, FAUCHILLE, WESTLAKE, STRUPP. « Il est de principe », ajoute-t-il « que l'occupant est considéré comme administrateur et usufruitier de la région occupée (art. 55 de la Convention de La Haye, de 1907, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre) ».

Pour le Gouvernement français cette règle de Droit international interdisant au Gouvernement ottoman de conclure ledit contrat ne paraît pas devoir exister. La Convention V de La Haye constate seulement l'obstacle de fait auquel se heurte l'exercice, par le souverain légal, de son autorité sur le territoire occupé, mais de

cet obstacle de fait le Mémoire hellénique déduit à tort une limitation juridique à la compétence du souverain légal. De même, FAUCHILLE ne fait que poser la question, indiquer un précédent et l'avis d'un auteur grec. « En tout cela qu'y a-t-il? » précise le Contre-Mémoire français (C 74, p. 169). « Une question posée, puis renouvelée par FAUCHILLE. Un précédent émanant du Gouvernement grec qui, en 1898, n'a pas estimé que le pouvoir du souverain légal fût, en territoire occupé, limité par le Droit international. Une opinion contraire de M. PHILARETOS. S'il y avait à retenir quelque chose de tout cela à ~~titre~~ d'élément de la coutume internationale, ce serait assurément l'acte du Gouvernement grec sur lequel ne saurait prévaloir l'opinion de M. PHILARETOS ». Et le *Mémoire français* montre que les auteurs loin de fournir un appui à la thèse soutenue par le Gouvernement hellénique fournissent au contraire l'occasion de rencontrer çà et là quelques précédents contraires de jurisprudence et de doctrine, précédents que M. le professeur BASDEVANT prend en considération dans sa plaidoirie (C 74, p. 256). Et contestant *la force probante de la doctrine des juristes*, en l'espèce, celle de M. le professeur PILLET, l'agent du Gouvernement français s'exprime ainsi : « Ce sont là des opinions personnelles d'un juriste — éminent, c'est entendu — mais tout de même ces opinions ne sauraient prévaloir sur un texte signé et ratifié, sur un texte qui fait droit... entre la France et la Grèce. De ces auteurs... nous ne pouvons pas déduire une consécration, une affirmation, une reconnaissance, comme

règle de droit établi, de la règle présentée par le Gouvernement hellénique.

Arrêt de la Cour [A/B62, pp. 24, 25].

« Une discussion d'une certaine étendue a eu lieu entre les Parties en vue de vérifier si **d'après les règles générales du Droit international**, le souverain territorial a le droit d'accorder des concessions sur un territoire occupé, avec effet juridique à l'égard d'un Etat occupant qui acquiert ultérieurement les territoires occupés par lui. De part et d'autre ont été invoquées les dispositions des Conventions de 1899 et de 1907, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, **certaines précédents et les opinions de quelques auteurs. La Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur cette question. Elle se trouve, dans l'espèce, en présence d'un texte conventionnel... ».**

DEUXIÈME PARTIE

LE RÔLE DE LA COUTUME DANS LA FORMATION DU DROIT INTERNATIONAL

La documentation que nous avons réunie dans la première partie de notre étude permet déjà de saisir, abstraction faite de toute conception doctrinale, l'importance incontestable du rôle réservé à la coutume dans l'organisation de la Société internationale. Mais le véritable intérêt que présente à nos yeux le tableau de cette abondante jurisprudence de la Cour, est de fournir la base la plus solide à l'élaboration d'une théorie de la coutume directement inspirée des réalités de la vie internationale. C'est pourquoi, plutôt que de consacrer de longs développements à l'exposé et à la discussion des doctrines relatives à notre sujet (1), il nous semble préférable de tenter immédiatement une étude de la coutume en droit international en nous appuyant uniquement sur les enseignements de la jurisprudence de la Cour.

(1) Voir l'exposé doctrinal des différentes conceptions de la Coutume dans GIANNI, *La Coutume en droit international*, thèse, Paris 1931.

Dans cette étude nous examinerons successivement la valeur de la coutume en tant que source du Droit, sa formation et sa constatation, sa force obligatoire, enfin les liens qui l'unissent aux autres sources du Droit.

CHAPITRE PREMIER

LA COUTUME SOURCE DE DROIT INTERNATIONAL

Comme il n'existe pas de traité signé et ratifié par tous les Etats civilisés, c'est la coutume qui est à la base de presque toutes les règles générales du Droit international.

C'est donc à elle que pour dire le Droit, la Cour Permanente doit nécessairement faire appel. Mais en s'adressant à la coutume pour constater l'existence des règles de droit international la Cour Permanente n'accomplit pas seulement une tâche naturelle et nécessaire, elle se conforme aux dispositions d'un texte de droit positif dont il importe de bien préciser l'élaboration et la portée : *l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice internationale.*

Section I

La coutume internationale et l'article 38 du statut de la C. P. J. I.

En février 1920 le Conseil de la Société des Nations « chargé de préparer un projet de Cour permanente de justice internationale et de le soumettre aux

membres de la Société », confia l'étude des questions relatives à la création de la Cour à un Comité de douze juristes. A la suite des travaux de ce Comité, M. DE LAPARDELLE présenta au Conseil de la Société des Nations un avant-projet dont l'article 35 était ainsi conçu :

« Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique *en ordre successif* :

1° Les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;

2° **La coutume internationale**, attestation d'une pratique commune acceptée comme loi ;

3° Les principes généraux de droit reconnus par les Nations civilisées ;

4° Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit ».

Ce texte fixe *en ordre successif* les règles de droit applicables. Il s'inspire en cela de l'article 7 de la Convention XII de La Haye relative au projet de création d'une Cour internationale des Prises du 18 octobre 1907, article selon lequel « à défaut de stipulations expresses, la Cour applique les règles de Droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité ». L'article 35 de l'Avant-projet du 23 juillet 1920 ne donne pas une base aussi large aux décisions de la Cour, mais il re-

tient cet ordre successif des règles de droit, la Cour devant appliquer d'abord les règles conventionnelles, ensuite, à défaut de conventions, soit générales, soit spéciales, la coutume internationale, ultérieurement les principes généraux, enfin en tant que moyens auxiliaires, les décisions judiciaires et la doctrine. Dans sa rédaction primitive l'article 38 du Projet du Statut, reproduisant avec quelques variantes les dispositions de l'article 35 de l'Avant-projet, maintint encore cet ordre successif malgré les justes critiques de M. RICCI BUSATTI. « Non seulement, dit-il, ces mots [dans l'ordre successif] sont superflus, mais ils pourraient aussi suggérer l'idée que le juge ne serait pas autorisé à puiser à une source mentionnée par exemple dans le numéro 3, avant d'avoir appliqué les conventions et les coutumes, mentionnées respectivement dans les numéros 1 et 2, ce qui serait méconnaître les intentions du Comité...; si par l'expression « ordre successif » on veut dire seulement qu'une convention prime par exemple le droit contumier, elle est inutile : c'est un principe fondamental du droit que la loi spéciale prime la loi générale; mais elle semble méconnaître l'application simultanée qui peut être faite de ces catégories, ainsi que le caractère différent des unes et des autres » (2). Ce n'est qu'à la troisième sous Commission de l'Assemblée de la Société des Nations que ces trois mots furent supprimés et finalement on aboutit à la rédaction définitive suivante :

(2) Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920, p. 337.

ARTICLE 38

« La Cour applique :

1° Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige.

2° **La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;**

3° Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

4° Sous réserve de la disposition de l'article 59 (3) les décisions judiciaires et les doctrines des publicistes les plus qualifiés des diverses nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Les décisions judiciaires et la doctrine restent donc des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, alors que le traité, la coutume internationale et les principes généraux ont le caractère de source directe du Droit international (4). Néanmoins sur ce dernier point les juristes sont encore loin d'être d'accord : les uns estiment que la Cour, pour résoudre le litige qui lui est soumis à toute liberté de négliger les dispositions de telle ou telle convention et de faire appel à une coutume ou à un principe général, l'ordre

(3) Article 59 : La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

(4) Le mot « source » et l'expression « source du droit » étant pris en des acceptions fort diverses, nous croyons devoir préciser qu'au cours de cette étude nous emploierons ce terme « source de droit » uniquement sous son aspect technique de moyen de constatation, de source formelle du Droit, sens que lui a reconnu M. le doyen GÉNY dans sa célèbre « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif ».

de l'énumération de l'article 38 ne trouvant sa raison d'être que dans la seule nécessité de l'exposition; d'autres croient au contraire que la Cour est encore tenue d'appliquer avant tout les conventions, soit générales, soit spéciales et seulement à défaut de conventions, les coutumes et les principes généraux. On justifie alors cet ordre de priorité tantôt par la gradation de force obligatoire des différents moyens invoqués, tantôt par le principe de la prééminence naturelle de la *lex specialis* sur la *lex generalis*, la convention œuvre de volontés particulières, ayant le pas sur le droit commun représenté par la Coutume, laquelle à son tour a la primauté sur les principes généraux. Où est la vérité? Pour trancher cette controverse doctrinale, faisons appel à l'autorité de la jurisprudence de la Cour: En présence de divers moyens de preuve invoqués par les parties en cause, quelle est effectivement l'attitude de la Cour?

Avis consultatif n° 14
Commission européenne du Danube

« L'examen du Statut mène à la conclusion que les pouvoirs de la Commission doivent s'exercer de Galatz jusqu'à l'amont de Braïla, dans les mêmes conditions de fait qu'avant la guerre. Ces conditions ne sont pas, de l'avis du Comité, déterminées par la disposition du Traité de Londres de 1883, étendant la compétence de la Commission jusqu'à Braïla, car cette disposition ne faisait pas partie de celles qui étaient en vigueur avant 1914 mais bien par des **usages ayant une valeur juridique** par le seul fait qu'ils

ont pu s'établir et se maintenir d'une façon continue du consentement unanime de tous les Etats intéressés... **On ne saurait attacher d'importance décisive** au fait que le Règlement de 1911 et notamment ses articles 1 et 3, ainsi que les Instructions de 1913 contiennent plusieurs clauses qui semblent indiquer que les pouvoirs de la Commission ne doivent s'exercer qu'en aval de Galatz ».

Avis consultatif n° 20 - Anschluss

« Quelles que soient les définitions données de l'indépendance des Etats **soit dans la doctrine, soit dans tels ou tels cas particuliers de la politique des Etats** (in the practice of states) — **au sens du Traité de Saint-Germain**, article 88, l'indépendance de l'Autriche doit s'entendre... ».

Arrêt n° 18 - Statut de Mémel

« L'argument invoqué à l'appui de ce droit de surveillance et de contrôle allégué consistait presque entièrement en déductions empruntées aux constitutions en vigueur dans d'autres pays, à la pratique Constitutionnelle d'autres pays et à des extraits d'ouvrages dont les auteurs ont étudié ces constitutions. **La Cour trouve dans la Convention de Paris et ses annexes la base de sa conclusion** selon laquelle le gouverneur a le droit, dans certaines circonstances, de révoquer le Président du Directoire. **Dans ces conditions il n'est pas nécessaire d'examiner dans quelle mesure les constitutions d'autres Etats peuvent servir de guide dans l'interprétation du statut de Memel** ».

Arrêt n° 22 - Affaire franco-hellénique des phares

« Une discussion d'une certaine étendue a eu lieu entre les Parties en vue de vérifier si d'après les règles générales du Droit international, le souverain territorial a le droit d'accorder des concessions, sur un territoire occupé, avec effet juridique à l'égard d'un Etat occupant qui acquiert ultérieurement les territoires occupés par lui. De part et d'autre ont été invoquées les dispositions des conventions de 1899 et de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre **certaines précédents et les opinions de quelques auteurs. La Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur cette question. Elle se trouve dans l'espèce en présence d'un texte conventionnel** ».

Ainsi, dès le début de cette étude les enseignements de la jurisprudence de la Cour nous permettent de trancher une première discussion de doctrine :

Les quatre espèces que nous venons d'invoquer mettent fin aux longues et nombreuses controverses suscitées par cet article 38, en précisant d'une manière indiscutable la nature du droit de priorité des différentes sources du Droit. L'ordre de l'article 38 n'établit aucune hiérarchie de valeur entre les sources du droit qu'il énumère, mais il répond à une préoccupation absolument certaine : mettre en relief la facilité de preuve de moins en moins grande respectivement offerte par la convention, la coutume et les principes généraux.

Convention internationale, Coutume, Principes généraux sont énumérées par l'article 38 dans un ordre

qui n'établit pas leur hiérarchie **au point de vue juridique de la force obligatoire**, mais **au point de vue pratique de l'administration de la preuve**. C'est par ce qu'elles assurent, par leurs qualités de clarté et de précision l'application la moins contestable de la règle de droit à la diversité des situations particulières, que les conventions internationales se voient reconnaître une précellence certaine sur les autres sources du Droit, et c'est encore par ce que les règles coutumièrement constatées jouissent d'une reconnaissance plus sûre que celles énoncées par des principes généraux que les premières bénéficient par rapport aux secondes d'une semblable priorité d'application judiciaire (5). Mais il peut parfaitement arriver qu'une coutume spéciale déroge à une disposition conventionnelle de caractère général, et le juge applique alors la coutume en écartant la disposition conventionnelle (6).

En vertu de l'article 38 du Statut, l'autorité de la règle coutumière étant offerte à la Cour dans les conditions que nous venons d'indiquer, voyons maintenant si en fait la Cour fait bien appel à cette source de droit pour résoudre les litiges qui lui sont soumis.

(5) Pour reprendre la terminologie de M. le doyen GÉNY c'est ici la prédominance du « construit » sur le « donné » qui s'impose à la sanction judiciaire.

(6) Cf. A. VERDROSS, *Droit international de la Paix* (Recueil des cours de La Haye, t. XXX [1929], p. 304) et HEILBORN, *Les sources du Droit international* (Recueil des cours de La Haye, t. XI [1926], p. 30).

Section II

La coutume internationale, source effective de droit pour la Cour permanente de justice internationale

Nous serons ici très bref, car après la lecture des espèces que nous avons rapportées dans la première partie de notre étude, on ne saurait nier l'existence de la Coutume, source de droit international ou contester la place de tout premier plan qui lui est effectivement reconnue dans l'organisation de l'ordre juridique international. Outre l'affaire du *Lotus* il nous suffira de citer quelques exemples qui s'ils sont moins connus n'en sont pas moins significatifs.

Arrêt n° 1 - Wimbledon

L'Allemagne prétend qu'une Puissance neutre a sinon l'obligation, du moins le droit de s'opposer aux transports de contrebande dans les canaux traversant son territoire. La Cour déclare cette allégation contredite par une pratique internationale constante. Ces transports ne mettaient pas en péril la neutralité allemande; la Cour en trouve la preuve dans l'existence des « **précédents** » des Canaux de Suez et de Panama [qui]... ne sont que **la manifestation de l'opinion générale** suivant laquelle... »

Avis consultatif n° 12 - Frontière turquo-iraquienne

En réponse aux précédents qui lui sont présentés pour lui faire admettre la règle de la majorité, la Cour invoque « **la tradition constante de toutes les réu-**

nions ou conférences diplomatiques » consacrant la règle de l'unanimité.

Arrêt n° 8 - Usine de Chorzow

D'après l'opinion dissidente de M. le juge EHRLICH « rien n'a été signalé à l'attention de la Cour qui prouve de manière définitive que la clause « interprétation et application » ait été *selon la coutume des Etats*, au cours du dernier quart du XIX^e siècle ou du début du XX^e jusqu'à l'époque de la Convention de Genève, considérée comme comprenant la compétence pour déterminer la nature et l'étendue de la réparation due pour la violation du traité en question ». Pour la majorité des juges, au contraire « on avait toujours reconnu depuis la fin du XVIII^e siècle la possibilité de conclure les accords prévoyant l'arbitrage sans réserve pour les différends d'ordre pécuniaire ».

Avis Consultatif n° 14

Commission européenne du Danube

La Cour consacre l'existence d'une situation de fait génératrice d'une coutume qui peu à peu s'est substituée à une situation juridique résultant d'actes pertinents (Règlement de 1911, Instructions de 1913).

Arrêt n° 13 - Usine de Chorzow - Fond

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de **la pratique internationale notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux** est que la réparation

doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ».

Dans ce même arrêt la Cour affirme que « **les coutumes** régissant les rapports entre particuliers ressortissants d'Etats différents **ont le caractère d'un vrai droit international** ».

Arrêt n° 14. Emprunts serbes.

La Cour constatant que le franc-or international n'existe pas, estime cependant que cette notion « n'a pas moins acqui un *caractère international* ». Elle en trouve la preuve dans une convention conclue entre trois Etats, et dans différents accords passés entre une compagnie de chemins de fer et le Comité représentant les porteurs d'obligations émises par la Compagnie. Le franc-or est donc un étalon de valeur internationalement reconnue.

Avis consultatif n° 17. Communautés gréco-bulgares

Ayant à choisir entre deux interprétations du terme de « Communauté » l'une fondée sur **la tradition** au sens de collectivités de personnes de même religion, l'autre sur un texte qui exprimerait la conception moderne avec une portée beaucoup plus large que la notion de congrégation religieuse, la Cour consacre la première conception, rien ne permettant de penser que la Convention greco-bulgare, en employant ce terme « ait entendu, par quelque stipulation particulière s'écarter de cette **notion générale traditionnelle** ».

Avis Consultatif n° 23. Dantzig
Traitement des Polonais

La Cour reconnaît la force obligatoire des règles imposées aux Gouvernements par **le droit international coutumier**. Les Gouvernements ne sont pas autorisés à faire état de dispositions conventionnelles pour se soustraire aux obligations dérivant du droit international coutumier et s'imposant à tous les Etats. En conséquence, la question litigieuse doit être résolue « non sur la base de la Constitution de la Ville libre, mais sur celle de l'article 104, alinéa 5, du Traité de Versailles ainsi que, le cas échéant sur la base d'autres stipulations conventionnelles et du **Droit international commun** ».

Arrêt n° 20. Groenland oriental

La Norvège soutenait que le Gouvernement n'était pas lié par les déclarations de son ministre des affaires étrangères. La Cour repousse cette opinion que M. le juge ANZILOTTI déclare contraire à « **la pratique courante et générale des Etats** ».

Il est inutile de multiplier les citations, celles que nous venons de rappeler nous autorisent à bon droit, à poser cette conclusion très nette que la coutume est reconnue dans les textes et est utilisée par la Cour comme source du droit international. Mais pour être sacrée source de droit international, elle doit revêtir certains caractères, présenter certaines qualités que nous allons maintenant mettre en lumière en étudiant dans un chapitre deuxième la formation et la constatation de la coutume,

CHAPITRE II

FORMATION ET CONSTATATION DE LA COUTUME

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que la coutume implique l'existence de deux éléments : un élément matériel (*consuetudo*), consistant dans la répétition prolongée et constante des mêmes actes extérieurs, et un élément psychologique (*opinio juris sive necessitatis*), consistant dans la croyance au caractère obligatoire de l'usage ainsi créé. Cette théorie se vérifie d'ailleurs dans la pratique : chaque fois que la Cour est appelée à se prononcer sur l'existence d'une règle coutumière, elle cherche la manifestation de ces deux éléments : **les précédents** des Canaux de Suez et de Panama sont la **manifestation extérieure de l'opinion générale** en faveur de la liberté de navigation. M. le juge NEGULESCO dans l'opinion dissidente qu'il émet à la suite de l'avis n° 14, Commission européenne du Danube déclare : « la doctrine et la jurisprudence internationale sont d'accord pour reconnaître qu'il faut l'existence d'un **usage immémorial** consistant à la fois en une **répétition ininterrompue** des faits accomplis dans le domaine des relations internationales et en une **conscience juridique commune** ».

des Etats qui y participent, basée sur la croyance réciproque que la répétition des faits est la manifestation d'une règle obligatoire ». Ces deux éléments matériel et psychologique doivent nécessairement coexister pour créer une coutume. Pris séparément ils sont incapables de fonder la validité objective de la règle obligatoire. La coutume ne se manifeste pas extérieurement à l'aide d'une série de précédents auxquels on ajoute l'*opinio juris*. La coutume, mode de constatation du droit est quelque chose de vivant, dont la physionomie véritable et complète doit être fournie par **le précédent révélant l'*opinio juris***. C'est pourquoi, dans les développements qui vont suivre, nous étudierons les caractères de la coutume en respectant l'interpénétration de ces deux éléments et en évitant d'effectuer *a priori* une analyse brutale qui donne peut-être plus de clarté à l'exposition mais risque de présenter la coutume sous un aspect plus schématique que réel.

Section I

Les Précédents, preuve de la Coutume internationale

Les précédents que retient la Cour à titre de preuve de coutume internationale peuvent être groupés en quatre classes : ceux créés par les Gouvernements dans leurs rapports réciproques, — les actes législatifs ou judiciaires nationaux, — les traités et la jurisprudence internationale.

1° PRÉCÉDENTS CRÉÉS PAR LES GOUVERNEMENTS
DANS LEURS RAPPORTS RÉCIPROQUES

La Cour, devant se prononcer sur la question de savoir si la décision du Conseil de la Société des Nations saisi en vertu de l'article 3 § 2 du Traité de Lausanne, doit être prise à *l'unanimité* ou à la simple *majorité*, fait appel à la **tradition constante de toutes les réunions ou conférences diplomatiques** consacrant la règle de l'unanimité.

Dans la question de l'usine de Chorzow, la Pologne prétend que les divergences concernant les réparations n'étant pas expressément prévues par la clause de l'article 23, la formule interprétation et application doit être interprétée restrictivement, la dite formule ne comprenant pas la fixation d'indemnité. A l'appui de cette affirmation, la Pologne cite notamment l'exemple de la Convention de Paris signée par la Pologne et la Ville libre, convention où le Tribunal arbitral se voit reconnaître la compétence de trancher les différends survenant « soit dans l'interprétation, soit dans l'application de la présente Convention » et où un article spécial lui reconnaît une nouvelle compétence toute différente « pour se prononcer s'il y a lieu sur les réparations à donner à la Partie lésée par la Partie qui aura été reconnue responsable d'une infraction aux dispositions de la convention ».

Qu'oppose la Cour à cette argumentation : les **conceptions fondamentales** qui ont caractérisé **le mouvement en faveur de l'arbitrage général**. C'est en prenant en considération l'évolution historique du règle-

ment arbitral des différends internationaux que la Cour trouve la preuve que de l'avis des Gouvernants les différends au sujet desquels une réserve avait été jugée nécessaire, étaient précisément les différends d'ordre juridique en général et non ceux qui visaient en particulier les réclamations pécuniaires. Par suite, dire que la clause compromissoire tout en prévoyant évidemment la soumission à l'arbitrage des différends d'ordre juridique, doit maintenant recevoir une interprétation restrictive excluant les réclamations pécuniaires, serait se mettre en contradiction avec les **les conceptions fondamentales qui ont caractérisé le mouvement en faveur de l'arbitrage** ».

Dans l'avis n° 14, Compétence de la C. E. D., la Cour n'attache aucune importance décisive au fait que le Règlement de 1911 et les Instructions de 1913 contiennent plusieurs clauses qui semblent indiquer que les pouvoirs de la Commission ne doivent s'exercer qu'en aval de Galatz. Elle s'appuie au contraire sur les constatations de fait du Comité spécial et sur l'examen, dans son ensemble, du **système des actes internationaux**, applicables avant la guerre au Danube maritime, pour déclarer que **selon le droit en vigueur** la C. E. D. possède sur le secteur du Danube maritime s'étendant de Galatz à Braïla les mêmes compétences que sur le secteur à l'aval de Galatz.

Pour prouver que la pratique s'est formée en ce sens qu'un Etat neutre n'est pas tenu d'empêcher l'exportation d'armes ou de munitions destinées à l'un ou à l'autre des belligérants, le Mémoire français invoque valablement *une circulaire* du Département

d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, du 15 octobre 1914, *la Réponse* du Gouvernement américain au Gouvernement Austro-Hongrois du 12 août 1915 et *la disposition* émanée de la Commission de juristes réunie à La Haye en décembre 1922, consacrant la même règle pour la guerre aérienne (1).

La règle que nous étudierons plus loin, selon laquelle les Etats qui entrent dans la Communauté internationale doivent en respecter les coutumes, trouve une constatation certaine dans deux lettres diplomatiques de MM. WEBSTER (Etats-Unis) à Thomson (Mexique) du 15 avril 1842 et EVARTS (Etats-Unis) à Foster, du 2 août 1877 (2).

Le dépouillement des documents diplomatiques permet donc de saisir le sentiment qui anime les Etats à l'égard de tel ou tel problème; mais ce n'est que le

(1) *Supra*, p. 17.

(2) Lettre du 15 avril 1842 adressée par M. Webster, secrétaire d'Etat du Gouvernement des Etats-Unis à M. Thomson, ministre du Mexique : « Toute Nation, ayant été reçue sur sa propre demande dans le cercle des nations civilisées, doit comprendre qu'elle n'a pas seulement les droits de souveraineté et de dignité de caractère national, mais qu'elle s'oblige aussi au respect de tous les principes, lois et usages qui ont l'assentiment des nations civilisées et qui ont pour objet de réduire les misères de la guerre. Aucune communauté ne peut jouir des bénéfices que la reconnaissance comme Etat lui accorde, sans accepter toutes les obligations internationales que ce caractère lui impose ».

Lettre du 2 août 1877 adressée par M. EVARTS, secrétaire d'Etat du gouvernement des Etats-Unis à M. FOSTER : « ...Si un gouvernement se reconnaît lui-même incapable, ou s'il est décidé à ne pas se conformer aux obligations qui existent entre les gouvernements des Etats civilisés, par cela même il apparaît inapte à être reconnu comme puissance souveraine et indépendante ».

Ces deux lettres sont citées par MOORE, *A Digest of international law*, 8 vol, Washington, 1906 (vol. 1, pp. 6. 7).

seul reflet de la conscience juridique des peuples qui doit être cherché dans les notes diplomatiques, tandis que les conceptions particularistes et égoïstes tendant à la satisfaction des intérêts immédiats de tel ou tel pays ne peuvent être retenues : ce qui est du domaine de la pure politique n'a pas droit de cité à La Haye. C'est parce que dans l'affaire de l'Anschluss les précédents de l'union douanière franco-belge et du Zollverein présentent avec le régime douanier austro-allemand une analogie nettement politique et non juridique, que la Cour les écarte tous les deux, ne voulant pas s'exposer au reproche de se préoccuper de considérations politiques dans la solution juridique des litiges qui lui sont déférés.

Ainsi, la pratique adoptée par les Etats dans leurs rapports réciproques, les règles suivies par eux dans les réunions ou conférences diplomatiques, l'activité dont ils font preuve dans l'élaboration d'une institution internationale, les conceptions juridiques dont témoignent les notes diplomatiques qu'ils échangent, tous ces actes et attitudes conscientes des Etats constituent à l'exclusion des documents à tendance politique, une première classe de précédents valant preuve de Coutume internationale.

2° DÉCISIONS JUDICIAIRES ET ACTES LÉGISLATIFS NATIONAUX AYANT TRAIT A UNE QUESTION INTER- NATIONALE

Dans l'arrêt *Lotus*, l'examen de la jurisprudence anglaise (affaire John Anderson), permet à la Cour de constater l'inexistence d'une règle d'après laquelle

les tribunaux de l'Etat, dont le navire porte le pavillon seraient exclusivement compétents à l'effet de connaître des délits commis en haute mer à bord de ce navire : « Il ne manque pas de cas dans lesquels un Etat a fait valoir son droit de poursuivre un délit commis à bord d'un navire étranger et qu'il regardait comme punissable, d'après sa législation. C'est ainsi que la Grande-Bretagne a refusé aux Etats-Unis d'Amérique l'extradition de John Anderson, matelot anglais, qui avait commis un homicide à bord d'un navire américain, en alléguant qu'elle ne contestait pas la juridiction des Etats-Unis, mais qu'elle avait le droit d'exercer la sienne concurremment. Ce précédent, auquel d'autres pourraient être ajoutés est pertinent, malgré la nationalité britannique d'Anderson, pour démontrer que le principe de la juridiction exclusive du pays du pavillon n'est pas universellement admis » (3).

Bien entendu la Cour reste libre d'apprécier et d'interpréter toutes les décisions qui lui sont déférées; néanmoins elle les considère conformes au droit international « à moins que le contraire ne soit démontré (B 15, p. 26) » et les applique telles qu'elles le sont dans le pays auquel elles sont empruntées. En effet « ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur. **Il s'en suit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale,** car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont

(3) *Supra*, p. 44.

vraiment les règles qui en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce ». (A 20/21, p. 124).

Dans son avis n° 14, Compétence de la C. E. D., la Cour ne cache pas toute l'importance que peut avoir au point de vue de la preuve de l'existence d'une coutume, l'exercice des pouvoirs de juridiction par les autorités internationales.

M. Y. GOUET (4), souligne très justement l'intérêt que peuvent présenter les décisions du Conseil d'Etat ou des tribunaux judiciaires examinant les décrets par lesquels se manifestent certaines pratiques constitutionnelles telles que la théorie des pouvoirs de guerre.

Les décisions judiciaires des tribunaux internes permettent de concrétiser la reconnaissance de l'*opinio juris*; elles font nettement apparaître les conceptions nationales; dès lors il suffit de rapprocher les différentes conceptions dégagées des jurisprudences nationales pour y découvrir, en cas d'identité, les éléments d'une coutume internationale : « la Cour saisie d'un différend impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances qui ont accompagné leur création sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou présumée des Parties. **C'est d'ailleurs ce que semblent**

(4) Y. GOUET, *La Coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, Paris 1932, p. 74.

A 9, p. 21. « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate ».

devoir faire aussi les tribunaux nationaux en l'absence de règles du droit national, relatives à la solution des conflits de lois » (A 20/21, p. 41).

De même *la pratique gouvernementale* de tel Etat peut valablement servir à vérifier l'existence d'une règle coutumière. C'est ainsi que dans l'affaire des Communautés gréco-bulgare, pour prouver la coutume internationale selon laquelle, dans le domaine privé, l'Etat n'est nullement reconnu comme l'ayant droit naturel de ses ressortissants à l'étranger, le délégué de la Bulgarie cite plusieurs décisions de Cours de Cassation et de Cours d'Appel, l'opinion émise par un ministre des Affaires étrangères au nom de son gouvernement et *le précédent créé par la manière dont le gouvernement Roumain résolut un problème analogue* : « lorsqu'il s'agissait de la dévolution définitive des biens ayant appartenu à ces monastères grecs, sécularisés par la Roumanie, lesquels biens étaient situés eux-mêmes en Bessarabie russe, et en Bukovine autrichienne, ces biens aussi ont été vendus par l'Etat roumain, sans opposition de l'Etat territorial, ou leur valeur payée par ce dernier Etat au premier, en sa qualité de propriétaire ».

De plus les législations internes incorporant dans leurs dispositions des règles de droit naturel exprimant la conscience juridique universelle, contribuent également à la formation de la coutume, ce qui montre déjà qu'aucune séparation tranchée n'existe entre la coutume et les principes généraux. Dans l'affaire de l'usine de Chorzow, le délégué allemand montre que les principes qui sont à la base du droit en vigueur en

matière de réparation intégrale sont les mêmes dans tous les droits nationaux. « Quel que soit, dit-il, le sens que dans la théorie et la jurisprudence interne, on attribue au terme « dommages indirects » que l'on désigne le *lucrum cessans* comme dommage direct ou indirect, tout système de droit consacre le principe suivant : l'indemnisation du chef d'un délit comprend tous les dommages qui se trouvent dans une connexité assez étroite avec le fait générateur du dommage... »

A propos de cette même affaire « la Cour constate (A 17, p. 29) que **c'est un principe de Droit international voire une conception générale du droit**, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer », principe qu'elle avait déjà reconnu dans divers arrêts antérieurs. A plusieurs reprises la Cour impose aux Etats l'obligation de respecter *dans leurs législations internes* les engagements découlant des traités :

Avis Consultatif n° 10 (B 10, p. 20) : « Cette clause (5) ne fait que mettre en relief un principe allant de soi, d'après lequel un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris ».

Avis Consultatif n° 17 (B 17, p. 32) « **C'est un principe généralement reconnu du droit des gens** que dans les rapports entre Puissances contractantes d'un

(5) « Les hautes parties contractantes s'engagent à apporter à leurs législations respectives les modifications qui seraient nécessaires pour assurer l'exécution de la présente convention ».

traité, les dispositions d'une **loi interne** ne sauraient prévaloir sur celles d'un traité ». Entre Etats comme entre particuliers la bonne foi doit être à la base de toutes les relations : Arrêt n° 8 (A 9, p. 31) : « **C'est un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales** qu'une Partie ne saurait opposer à l'autre, le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte ». Les principes de légitime défense, de réparation du dommage injustement causé, du respect des engagements, les notions d'abus du droit, d'enrichissement sans cause se retrouvent dans presque toutes les législations. Il est certain que ces principes puisant leur fondement dernier dans l'idée de justice doivent également, *a priori*, régir les relations internationales, mais leur application dans les législations internes positives est la meilleure preuve de l'adhésion qu'ils rencontrent dans la conscience juridique des peuples.

En outre, de ces principes initiaux, la doctrine peut déduire des conséquences inspirées par les besoins économiques, les aspirations sociales, les croyances ou traditions de tel ou tel peuple; les Gouvernants mettant en œuvre ces normes nouvelles agissent sur *l'opinio juris* des autres pays (par suite de la solidarité intersociale reliant les ordres juridiques étatiques); l'examen des différentes législations internes permet alors de constater les réactions produites par cette

norme nouvelle, réactions qui analysées et rapprochées les unes des autres autorisent le juge à conclure à l'existence ou l'inexistence d'une règle coutumière internationale. Selon M. le juge ALTAMIRA : « *les législations nationales, n'appartenant pas par elles-mêmes au domaine du droit internationale ne sont pas de nature à fonder une coutume, moins encore une loi internationale... Elles peuvent cependant avoir une valeur assez grande pour constater en fait quelle est l'opinion des Etats à l'égard de certaines questions internationales pour lesquelles les Etats ne sont pas encore engagés par une convention... ou qui n'ont pas encore donné lieu à une coutume reconnue par eux...* Pour toute autre application relative au droit international, elles manquent de valeur, à moins d'assentiment dûment constaté, parce qu'elles n'expriment que le désir ou la pensée d'un Etat sous forme d'une règle interne qui représente l'opinion d'une majorité plus ou moins grande de la collectivité politique nationale ». Telle n'est pas cependant l'opinion de la Cour. « Il suffit, dit-elle (A 10, p. 27), que la pratique unilatérale d'un Etat, législative, administrative ou judiciaire soit **généralement acceptée** par d'autres Etats pour qu'il en dérive une règle coutumière ». Déjà en 1871, à propos de l'affaire *The Scotia*, la Cour Suprême des Etats-Unis remarquait que « beaucoup d'usages qui ont aujourd'hui force de loi, ont été à l'origine des prescriptions législatives d'un seul Etat : comme la loi rhodienne qui était au commencement une loi interne de l'île de Rhodes, les ordonnances de la ligue hanséatique et les ordonnan-

ces de Louis XIV. *Toutes ces lois particulières sont devenues des usages maritimes en droit international... »*

Par conséquent les décisions judiciaires et les actes législatifs internes peuvent exprimer des principes de droit des gens susceptibles d'acquérir une valeur coutumière s'ils rencontrent l'adhésion de l'opinion dominante. C'est à ce titre que décisions judiciaires et actes législatifs internes, constituent pour la constatation de la coutume internationale une deuxième classe de précédents pertinents.

3° TRAITÉS IMPLIQUANT LA RECONNAISSANCE DE TELLE OU TELLE RÈGLE

Dans l'affaire de l'usine de Chorzow, pour établir l'existence de la coutume, selon laquelle la clause compromissoire vise également l'interprétation des différends relatifs aux questions pécuniaires, le gouvernement allemand cite à bon droit, dix-sept traités d'extradition, consulaires, de commerce ou de navigation passés par l'Italie avec d'autres pays, entre 1874 et la première conférence de la paix, traités où la clause compromissoire a toujours été insérée *lato sensu*.

Dans l'affaire des Emprunts serbes, pour déterminer le sens exact de la notion franc-or, la Cour s'attache à l'emploi positif du mot or. « La Convention Postale Universelle révisée à Madrid le 30 novembre 1920 et à Stockholm, le 28 août 1924, a pris le franc-or comme monnaie pour le paiement des taxes posta-

les. Le franc-or a été également adopté par un accord entre la Compagnie des chemins de fer du Sud de l'Autriche, la République d'Autriche, le Royaume de Hongrie, le Royaume d'Italie, le Royaume des Serbes Croates Slovènes, et le Comité représentant les porteurs d'obligations émises par la Compagnie. Cet accord conclu à Rome, le 29 mars 1923, précise que l'on entend par franc-or la monnaie d'or du poids et du titre de l'Union latine (Convention du 6 novembre 1885) ». A la suite de cet examen la Cour arrive à la conclusion que le franc-or a acquis un caractère international et constitue bien un étalon de valeur auquel les contrats d'emprunts serbes ont pu valablement se référer.

Avis Consultatif n° 18. - Statut de la Ville libre de Dantzig.

Aucune convention n'ayant précisé l'application du régime selon lequel le Gouvernement polonais doit assurer la conduite des affaires extérieures de la Ville libre, la Cour, pour trouver les précisions nécessaires, fait appel à la pratique effectivement suivie par les deux Gouvernements en cause, pratique internationale puisque les relations entre Dantzig et la Pologne sont des relations internationales. Sur quelles bases s'appuient les recherches de la Cour pour établir cette pratique ? Sur les décisions du Haut Commissaire et les **accords et arrangements** conclus entre la Ville libre et la Pologne, sous les auspices de la Société des Nations.

*Arrêt n° 20. - Statut juridique
du Groenland Oriental*

Le Danemark, pour prouver les droits de souveraineté dont il jouit sur tout le Groenland, fait état d'une longue série de traités internationaux, d'accords commerciaux conclus au XIX^e siècle et au début du XX^e, traité où le Groenland a toujours été considéré comme terre danoise dans son ensemble. Selon la Cour : « l'importance de ces traités consiste en ce qu'ils témoignent d'une disposition des Etats avec lesquels le Danemark a contracté, à admettre son droit d'exclure le Groenland... Si les Parties sont convenues que le Traité ne doit pas s'appliquer à un territoire donné et si ce territoire n'est désigné que par un nom, la conclusion naturelle est qu'il n'y avait point de divergence entre elles quant à l'étendue du territoire auquel s'appliquait ce nom... **Dans la mesure où ces traités viennent à l'appui de la reconnaissance de sa souveraineté sur le Groenland en général, le Danemark a le droit de se fonder sur eux** ».

Ces quatre exemples tirés de la jurisprudence de la Cour nous montrent tout l'intérêt que le juge attache aux précédents constitués par les traités et conventions diverses, précédents offrant les indications les plus sûres pour la détermination d'une règle coutumière internationale.

4° JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Elle est constituée par les décisions de la Cour d'Arbitrage, les décisions des Commissions mixtes et surtout les avis et arrêts de la Cour Permanente. Nous avons eu déjà l'occasion de citer divers cas où des décisions arbitrales avaient été invoquées par la Cour à titre de preuve de l'existence de Coutume internationale. Il est absolument certain que le simple fait qu'un tribunal constitué internationalement décide d'une question de droit international, est susceptible d'avoir un poids considérable. Nous rappellerons seulement d'un mot les exemples typiques fournis par l'arrêt n° 8, Usine de Chorzow, et l'avis n° 14, Compétence de la C. E. D.

Par contre la jurisprudence de la Cour nécessite quelques développements plus étendus. Malgré l'effet relatif de la chose jugée, attaché en vertu de l'article 59 du Statut à toute décision rendue par la Cour, les juges de La Haye font très fréquemment appel à leur propre jurisprudence pour motiver leurs nouvelles décisions (6). Citons seulement quelques exemples :

Arrêt n° 21 A/B 61, p. 215

« **Selon la pratique antérieure de la Cour** en l'absence d'une décision spéciale déterminant le délai pour la présentation de documents nouveaux prévu par l'article 52 du Statut, ce délai a été considéré comme prenant fin avec la procédure écrite ».

(6) Voir notamment : P.C.P.J.I., A 7, p. 31, A 9, p. 31, B 13, p. 22.

C'est également à l'aide de sa seule jurisprudence que la cour établit la règle selon laquelle les travaux préparatoires peuvent être invoqués à l'appui de l'interprétation d'une convention mais seulement au cas où les termes de cette convention ne sont pas par eux-mêmes suffisamment clairs. Dans l'arrêt n° 18: *Interprétation du statut du Territoire de Mémel*, l'agent du Gouvernement lithuanien croit trouver dans l'historique de l'élaboration d'un texte, des arguments à l'appui de l'interprétation qu'il donne à ce texte, mais la Cour lui rappelle « que **selon sa jurisprudence constante**, les travaux préparatoires ne sauraient être invoqués pour interpréter un texte qui est, en lui-même, suffisamment clair » (A/B 47, p. 249). Au contraire les travaux préparatoires peuvent être pris en considération pour déterminer la signification exacte d'un texte *ambigu*:

Arrêt n° 22. A/B 62, p. 13

« La Cour ne peut pas considérer l'expression « dûment intervenu » comme un terme technique, dont la portée est toujours invariable. Si le contexte n'est pas suffisant pour établir le sens exact dans lequel les Parties en cause ont employé ces mots dans le compromis, **la Cour, selon sa jurisprudence** doit avoir recours aux travaux préparatoires de cet acte pour se renseigner sur la véritable intention des Parties ».

Dans l'affaire de l'usine de Chorzow, la question s'étant posée de savoir si au cours des débats il était permis de changer la base de la requête, M. POLITIS

présenta les observations suivantes : « Votre Règlement, à la vérité, est muet sur ce point. Mais **la tradition dans la justice internationale** est qu'il n'est pas permis de changer après coup la nature des conclusions et la base de la requête. Je considère donc que le silence de votre Règlement doit être interprété **dans le sens de la tradition de la justice internationale** et que la règle que j'indique doit y être sous-entendue ». Et la Cour consacre la théorie de M. POLITIS.

Dans le même arrêt, M. le juge EHRLICH estime, contrairement à l'opinion de la majorité des juges que n'est pas suffisamment établie la coutume des Etats selon laquelle au cours du dernier quart du XIX^e siècle jusqu'à l'époque de la Convention de Genève, la clause interprétation et application était considérée comme comprenant la compétence pour trancher les différends relatifs aux questions pécuniaires. Cependant tout en présentant une opinion dissidente, M. le juge EHRLICH n'hésite pas à reconnaître qu'« à la suite de l'arrêt qui vient d'être rendu, tout traité qui sera conclu dorénavant, et qui contiendra une clause compromissoire analogue à celle de l'article 23 de la Convention de Genève, devra être interprété à la lumière de cet arrêt ».

On ne saurait mieux souligner la valeur de la jurisprudence de la Cour et le rôle prépondérant qu'elle joue dans la constatation de la Coutume internationale.

En résumé : actes diplomatiques, actes judiciaires et législatifs internes, traités et jurisprudence internationale nous semblent constituer les quatre classes

de précédents auxquels la Cour fait régulièrement appel pour constater la manifestation concrète de l'existence de la coutume internationale. Ces précédents mettant en œuvre une règle déterminée portent en eux la preuve de l'*opinio juris* du milieu où ils se produisent ; c'est l'accumulation de ces précédents qui affermit l'autorité et la valeur coutumière de la règle qu'ils appliquent. Nous pouvons maintenant, sans risquer de la dénaturer, analyser la coutume internationale en ses deux éléments matériel et psychologique et condenser en quelques formules les caractères que doivent présenter ces précédents pour constituer une coutume internationale.

Section II

Les Éléments constitutifs de la Coutume internationale

§ 1. — ÉLÉMENT MATÉRIEL

L'élément matériel, c'est l'accumulation des précédents pertinents, accumulation constatée dans l'espace et dans le temps.

1° *La répétition des faits*

Elle est la condition de la certitude et de la fixité de la règle observée dans l'ordre positif international. C'est dans la répétition des faits que l'on peut voir un résidu d'élément consensuel, une manifestation de volonté des Etats ; mais cette volonté est loin d'être libre et de constituer comme nous le verrons plus loin, le fondement de la coutume, elle n'intervient que pour

permettre l'extériorisation de la règle imposée par les nécessités de la vie internationale. Pour qu'ils constituent l'élément matériel de constatation de la règle coutumière, il n'est pas nécessaire que les précédents soient *identiques*; la preuve de la coutume résulte d'un « examen des précédents présentant une **analogie étroite** avec le cas d'espèce; car c'est seulement dans les précédents de cette nature que pourrait se manifester l'existence d'un principe général applicable à l'espèce ». Les circonstances matérielles qui accompagnent la manifestation de la règle peuvent ne pas être semblables. C'est le principe juridique qui s'en dégage qui, lui, doit être identique dans tous les précédents invoqués. Dans l'arrêt n° 1, Wimbledon, la Cour déclare l'allégation du Gouvernement allemand « contredite par une **pratique internationale constante** » et elle ajoute : « on a cité devant la Cour les règles qui ont été établies pour les canaux de Suez et de Panama. Ces règles **ne sont pas identiques** dans les deux cas; mais elles **présentent une égale importance** en ce qu'elles démontrent que l'usage des grandes voies internationales, soit par des navires de guerre belligérants, soit par des navires de commerce belligérants ou neutres, chargés de contrebande de guerre, ne doit pas être considéré comme étant incompatible avec la neutralité de l'Etat riverain ».

De même dans l'arrêt n° 15, Droits de Minorités en Haute-Silésie, c'est à tort que M. le juge NYHOLM reproche à la Cour de s'être inspirée dans sa décision d'un précédent dépourvu d'analogie avec le cas d'espèce. La Cour souligne elle-même le fait que les cir-

constances ne sont pas *identiques* dans les deux cas, mais dans les deux cas elle trouve *la même manifestation du principe juridique* qui l'intéresse, à savoir que l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour n'est soumise à aucune règle prescrivant que le consentement doive être donné par une déclaration explicite plutôt que par des actes concluants.

Toutefois, une certaine *analogie* des circonstances de fait est pratiquement nécessaire à la manifestation de l'existence du principe juridique. Ainsi, dans l'affaire du *Lotus*, la thèse française invoque toute une série de précédents destinés à prouver que dans la pratique internationale on ne poursuit pas l'auteur présumé d'un abordage, dans un pays autre que celui du pavillon. Mais dans la plupart des cas cités il s'agit de navires ne battant pas pavillon d'Etats différents, Dans ces conditions la Cour ne manque pas de relever ce défaut d'analogie, qui lui interdit de prendre en considération les précédents invoqués : « Quant aux précédents, il convient d'observer en premier lieu que... aucun n'a trait à des délits qui auraient intéressé deux navires battant le pavillon de deux Etats différents, et que, partant, ils ne sauraient avoir beaucoup d'importance dans l'affaire qui est devant la Cour ».

Même défaut d'analogie entre les précédents cités et le cas d'espèce, dans l'affaire relative à la délimitation de la frontière entre la Turquie et l'Irak. Pour faire adopter par le Conseil de la Société des Nations la règle du vote à la majorité, le représentant du Gouvernement britannique invoque la pratique des Tribunaux arbitraux appliquant la règle de la majorité. La

Cour observe « que si certaines considérations qu'a fait valoir le représentant du Gouvernement britannique peuvent être regardées comme justifiées lorsqu'il s'agit d'arbitres nommés *ad hoc* et ne constituant pas un corps permanent, elles ne sauraient par contre s'appliquer lorsque les Parties se sont adressées à un corps déjà constitué ayant ses règles propres d'organisation et de procédure ».

Bien entendu des précédents analogues peuvent être fournis par les différentes classes que nous avons envisagées; l'autorité de la règle coutumière n'en sera que mieux établie si elle est consacrée à la fois par des actes diplomatiques, des actes législatifs ou judiciaires internes, et des décisions de tribunaux internationaux.

Certains auteurs prétendent que la répétition doit porter sur des faits positifs. Ainsi M. le juge ALTAMIRA écrit à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Lotus* : « Toute coutume est par elle-même un fait positif et par conséquent on ne peut pas élever à la catégorie de coutume, l'inexistence, dans un sens déterminé, de la répétition des actes plus ou moins nombreux qu'en général on considère comme nécessaire pour l'établissement d'une règle coutumière. Il faut que les actes se soient produits dans le sens même de la règle qu'on voudrait trouver ». Nous ne voulons pas disserter longuement sur cette question, la jurisprudence de la Cour se charge de réfuter d'une manière très nette la thèse selon laquelle une abstention répétée ne constaterait pas une coutume.

Avis Consultatif n° 2. - Compétence de l'O. I. T.

« Il n'est pas un seul des arguments invoqués en faveur de la thèse de l'incompétence en matière agricole qui ne puisse être employé avec une force égale à l'appui de l'incompétence en matière de navigation et de la pêche... La Conférence Internationale du Travail eût à s'occuper lors de sa deuxième session presque exclusivement des marins. C'est aussi à cette session qu'une recommandation fut adoptée le 30 juin 1930, visant la limitation des heures de travail dans l'industrie de la pêche. **Et l'on a jamais prétendu** que ces deux industries importantes où l'une d'entre elles, ne soient pas de la compétence de l'Organisation internationale du travail ».

Dans l'arrêt n° 1 Wimbledon, la Cour reconnaît expressément la vadilité d'une coutume négative présentée par M. BASDEVANT. « **Il n'a jamais été prétendu**, dit-il, que la neutralité des Etats-Unis avant leur participation aux hostilités ait été en aucune manière compromise, du fait de l'usage du Canal de Panama par des navires de guerre belligérants ou par des navires de commerce belligérants ou neutres portant de la contrebande de guerre ».

Rappelons également l'arrêt n° 12. Droits de minorité en Haute-Silésie, arrêt où est appliquée la règle coutumière selon laquelle l'acceptation par un Etat de la juridiction de la Cour n'est pas soumise à l'observation de certaines formes comme par exemple l'établissement d'un compromis formel préalable. Toutefois, « c'est seulement si l'abstention est motivée par

la **conscience d'un devoir de s'abstenir** que l'on peut parler de coutume internationale ». Il est certain que l'exacte appréciation de la conscience d'un devoir de s'abstenir constitue pour les juges une tâche des plus délicates; pratiquement c'est *la majorité* du tribunal qui s'appuyant surtout sur les indications fournies par la doctrine, déclare si à un moment donné cette conscience existe ou n'existe pas. Dans l'affaire du *Lotus* c'est uniquement par suite de la voix prépondérante du Président que la conscience d'un devoir de s'abstenir n'a pas été reconnue aux Etats qui respectant la compétence du pavillon, n'exerçaient pas de poursuite pénale en cas d'abordage en haute mer.

Ce qu'il faut donc retenir de la répétition des faits, c'est l'*identité* du principe dégagé de précédents *analogues*, lesquels peuvent être des actes positifs ou négatifs.

2° *La généralité d'application dans l'espace*

La pratique des Etats dans le sens d'un certain usage n'a pas à être universelle ni même quasi universelle pour engendrer une règle obligatoire. Les Etats ne sont pas tenus de s'engager expressément à suivre telle ligne de conduite; ce serait là une exigence qui entraverait tout développement du droit international. Par contre les pratiques propres à plusieurs Etats placés en face de circonstances spéciales ne constituent évidemment pas des coutumes internationales. Si deux nations sud-américaines soumettent à un arbitre un conflit qui les divise, l'arbitre peut, pour résoudre ce litige particulier, prendre en considération

les usages propres à ces deux nations, mais ce faisant, il n'appliquera pas une coutume internationale. Toutefois il est possible que les pratiques issues de circonstances particulières à divers groupements d'Etats soient la manifestation d'une règle générale qui n'a encore reçu que des applications spéciales parce que les circonstances qui ont entraîné l'observation de cette règle étaient également spéciales. Mais c'est seulement si les applications deviennent générales qu'on peut réellement parler de coutume internationale. C'est ainsi que dans l'affaire *Paquete Habana* (7), le juge américain GRAY, a appliqué à des Etats américains des règles européennes relatives à la soustraction des navires de pêche au droit de prise. Ces règles n'avaient encore été constatées que dans les rapports des Etats européens entre eux. Mais des Etats américains venant à se trouver dans une situation analogue à celles qu'avaient déjà connues les Etats européens, la règle observée par ces derniers répondant à des besoins généraux a pu s'imposer aux Etats américains et acquérir grâce à cette nouvelle application une valeur coutumière incontestée.

La Cour, on s'en souvient, estime qu'il suffit que la pratique unilatérale d'un Etat, législative, administrative ou judiciaire soit **généralement** acceptée par d'autres Etats pour qu'il en dérive une règle coutumière. Dans l'avis n° 50. Interprétation de la Convention de 1919, concernant le travail de nuit des femmes, le Gouvernement allemand prétend que la pratique des Etats ne soumet pas aux dispositions de la dite

(7) MOORE, op. cité, t. I, p. 8.

Convention les femmes occupant des postes de surveillance et de direction. Il cite à cet effet l'Allemagne, la Belgique, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Inde, l'Italie, la Roumanie. Toutefois l'Afrique du Sud, l'Autriche, la Grande-Bretagne, la Norvège, la Suisse adoptent la pratique opposée; de plus quatre ou cinq Etats seulement sur dix-sept consultés ont déclaré exclure de l'application de la Convention, les femmes exerçant des fonctions de surveillance et de direction. Dans ces conditions il ne pouvait être question de tirer argument de cette soi-disante pratique : elle n'était pas *générale*.

Par contre, conformément à la *pratique générale des Etats*, l'expression « année scolaire » s'applique à la période de dix mois de classe, commençant le 1^{er} septembre d'une année pour finir fin juin de l'année suivante (8).

Et également *générale* la pratique des Etats en vertu de laquelle un ministre des Affaires étrangères engage le pays dont il est le représentant, par les déclarations qu'il fait au nom du Gouvernement dans une affaire qui est de son ressort. Il n'était pas nécessaire que cette pratique eût reçu l'assentiment formel de la Norvège pour qu'elle lui fût opposable : elle était générale, elle était obligatoire. Lorsqu'un Etat nouveau entre dans la Communauté internationale, automatiquement il se trouve soumis à toutes les coutumes générales de cette communauté. Rappelons à cet effet les deux lettres diplomatiques de MM. WILSON et

(8) *Supra*, p. 100.

EVARTS, que nous avons cités plus haut (9). De même lorsqu'un Etat, dont le territoire est confiné au milieu des terres, acquiert un accès à la mer, *ipso facto*, les règles coutumières applicables au domaine maritime s'imposent à lui bien qu'il n'ait aucunement participé à leur élaboration. Ce fut notamment le cas de la Serbie (10). Les règles coutumières relatives à l'immunité diplomatique, à la liberté des mers, au respect de la propriété privée, ont reçu l'adhésion de la plupart des Etats civilisés. Dès lors aucun pays ne saurait invoquer un défaut d'acceptation expresse pour se soustraire à l'observation de règles dont l'opinion moyenne de la Communauté internationale a estimé le respect indispensable à la satisfaction des nécessités de la vie internationale.

Pour être coutumière la pratique peut donc ne pas être adoptée par *tous* les Etats, mais elle doit être commune à plus d'un nombre restreint d'entre eux : elle doit être **généralement** acceptée : si elle l'est effectivement, alors elle s'impose à l'Etat qui ne l'a pas reconnue et qui du fait de cette absence de reconnaissance chercherait à la contester quand elle lui est opposée.

3° *La continuité d'observation dans le temps*

Pour qu'il y ait coutume il est nécessaire que la répétition d'actes constatant l'existence de la règle, présente, dans le temps un certain caractère de durée.

(9) *Supra*, p. 151.

(10) LE FUR, *Précis de Droit international public*, 1931, p. 189.

BOURQUIN, *Règles générales du Droit de la Paix* (Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1931, t. 35, p. 61).

Peut-on préciser ce dernier caractère? M. le juge NEGULESCO parle de faits répétés depuis *un temps immémorial* (B 14, p. 104). La Cour invoque tour à tour *la tradition* (B 17, p. 21), une pratique internationale *constante* (A, 1, p. 25), une pratique *graduellement développée* (B 18, p. 12), une pratique *reconnue depuis la fin du XVIII^e siècle* (A 9, p. 21). M. le juge ROSTWOROWSKI est de beaucoup le plus précis: il fait appel à une pratique *de plus de dix années* qu'il qualifie de *longue pratique* (A/B 43, p. 153).

Ces quelques indications nous montrent l'impossibilité d'indiquer une durée fixe nécessaire à la constatation de la règle. Il est certain qu'une coutume appliquant un principe de droit naturel tel que la légitime défense ou le respect des engagements pris peut être proclamée reconnue depuis des temps immémoriaux. L'inviolabilité des agents diplomatiques est une règle coutumière plusieurs fois séculaire; mais une coutume née de nécessités sociales contemporaines ne peut pratiquement pas s'enorgueillir d'un tel passé. La pratique reconnaissant la possibilité de conclure des accords prévoyant l'arbitrage sans réserve pour les différends d'ordre pécuniaire ne peut être constatée avant la fin du XVIII^e siècle; elle n'en est pas moins certaine. Lorsque les nécessités de la vie internationale imposent de nouvelles règles de conduite, les précédents pertinents qui les consacrent acquièrent rapidement une valeur obligatoire *s'ils démontrent nettement la nouvelle orientation de la conscience sociale*.

En réalité la transformation de la pratique internationale en coutume juridiquement obligatoire s'accomplit à partir du moment où les Etats deviennent conscients de la nécessité de son observation (11). Mais pratiquement la règle ne peut être invoquée d'une manière certaine que lorsqu'on a officiellement reconnu la force obligatoire des précédents où s'est manifestée cette conscience juridique. Or, qui, dans l'ordre international a qualité pour délivrer de pareilles investitures? La Cour permanente de La Haye. Nous ne voulons pas du tout dire que la Cour permanente crée la coutume — nous avons vu dans quelle mesure elle pouvait, grâce à sa jurisprudence, participer à sa constatation — nous prétendons seulement que dès l'instant où la Cour a reconnu l'existence d'une coutume, aucun doute n'est plus possible, les Etats peuvent invoquer cette règle sans avoir besoin de faire appel à tous les précédents pertinents qui la consacrent.

J. COBBET (12) compare très justement la constatation de la coutume à la formation d'un sentier dans un champ : l'herbe foulée par les passants utilisant le même itinéraire forme petit à petit un vrai sentier. Mais il est impossible de dire à quel moment précis le sentier existe, ou si on cesse peu à peu de l'utiliser, à partir de quel moment il a disparu. Nous nous permettons de poursuivre cette image pour mieux exprimer notre pensée : Du jour où un écriteau sera posée

(11) Ch. de VISSCHER, *La Codification du Droit international* (Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1924, p. 352).

(12) COBBET, *Cases and opinions of international law*, III éd., 1909, 1^{re} partie, pp. 5-6.

et donnera un nom au sentier, aucune équivoque ne sera plus possible. Sans doute la portion de terrain piétinée par les passants formait un sentier avant que l'écriteau ne soit placé, et elle pourra n'en plus former bien que l'écriteau reste posé, mais sa présence renverse la charge de la preuve. Il en est de même pour la coutume.

La règle de droit dégagée de précédents analogues accumulés par la généralité des Etats jusqu'au moment où apparaît la manifestation de l'*opinio juris*, voilà ce que doit nous fournir la répétition des faits. Examinons maintenant l'élément psychologique de la coutume : l'*opinio juris sive necessitatis*.

§ 2. ELÉMENT PSYCHOLOGIQUE

Les hommes ont la conviction que pour sauvegarder l'intérêt commun qui relie entre eux les groupements auxquels ils appartiennent, il est indispensable d'observer certaines règles. Ces règles deviennent des « normes juridiques » lorsque, comme le dit DUGUIT (13) « la masse des esprits a le sentiment que le respect de ces règles est si essentiel au maintien de la solidarité sociale qu'elle en réclame la sanction organisée ». En droit international l'élément psychologique de la coutume est constitué lorsque les membres de la société internationale ont conscience de cette obligation juridique de respecter la règle constatée par les précédents. Bien entendu dans la formation d'une coutume il serait vain de s'efforcer de dé-

(13) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 34.

terminer d'une manière précise la succession dans le temps des éléments matériel et psychologique. Sans doute la règle doit exister, avant de pouvoir être appliquée; mais bien souvent la coutume naît de précédents inspirés plus par des motifs politiques et sociaux que par des idées de droit. Tantôt ce sont les faits eux-mêmes, les nécessités de la vie internationale qui entraînent l'*opinio juris* (14), tantôt au contraire les précédents ne sont que l'application de la règle élaborée dans la conscience sociale. En réalité, il se produit un ensemble de réactions entre l'*opinio juris* et les faits matériels, les conceptions idéales et les besoins économiques si bien qu'il est pratiquement impossible d'affirmer si l'élément psychologique précède ou suit l'élément matériel dans la formation de la coutume. Ce qui est certain c'est que les deux éléments sont inséparables et que seule l'*opinio juris* peut rendre obligatoire la règle constatée par la pratique.

C'est l'*opinio juris* qui d'une part permet de tracer la ligne de démarcation entre la conduite et le caractère obligatoire de la conduite, entre l'usage et la coutume, d'autre part c'est elle qui s'opposant à la volonté de créer une règle, différencie la coutume du traité normatif.

(14) M.-G. WATRIN (R. D. I. Lapradelle, 1931, t. VIII, p. 170 en note) estime que seuls les faits posés dans la pratique internationale créent l'*opinio juris*.

A) *L'usage et la Coutume*

En respectant une coutume il faut que les Etats se sentent liés par une règle qui s'impose à eux et qu'ils n'aient pas seulement l'impression d'accomplir une simple formalité ou un acte de politesse ou de courtoisie dépourvu de toute obligation juridique. Sans doute les usages peuvent préparer l'avènement des coutumes. S'ils sont scrupuleusement observés, à la longue ils apparaissent obligatoires aux membres des groupes qui les respectent. M. le doyen GÉNY lui-même trouve que dans les usages il y a pour ainsi dire « une coutume naissante » (15). Mais cet usage ne se transforme en coutume qu'au moment où la masse des individus a la conviction que son observation est indispensable à la sauvegarde des intérêts communs. Le salut en mer, l'exemption d'impôts accordée aux agents diplomatiques sont de simples règles de courtoisie, elles ne reposent sur aucune obligation juridique. Au contraire, tous les Etats civilisés ont conscience de la nécessité de respecter l'immunité diplomatique, règle absolue de droit des gens. Nous ne voudrions pas insister longuement sur les différences qui séparent les notions de *comitas gentium* et de coutume juridique obligatoire, car cette question a déjà retenu l'attention de bien des auteurs. Nous citerons seulement un exemple particulièrement significatif extrait de la jurisprudence de la Cour : *Avis consultatif n° 22. Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig*. Dans cet

(15) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, pp. 429 et suiv.

avis, si la Cour admet bien que le terme *port d'attache* a en l'espèce non pas le sens qu'il a habituellement mais celui qu'en fait la pratique lui a attribué à savoir celui d'accès et de stationnement, par contre elle se refuse à trouver une précision de cette notion dans l'activité qu'ont en fait manifestée les navires de guerre polonais à Dantzig, en vertu de ce droit d'accès et de stationnement. La Cour n'a pas tenu compte du régime de fait établi entre la Ville libre et la Pologne pendant plus de dix ans, parce qu'il ne s'agissait que d'un *modus vivendi* essentiellement provisoire. L'arrangement conclu le 8 octobre 1921 avait pour objet de permettre à la Pologne de continuer à faire usage du port de Dantzig pour ses navires de guerre, mais le point de vue juridique de chacune des Parties quant au fond de la question était entièrement réservé de part et d'autre. Sans doute durant cette période de dix ans l'activité qu'avait manifestée la Pologne dans le port de Dantzig s'était exercée avec le consentement de la Ville libre, mais l'accord spécifiant que la question de droit restait entière, cette pratique ne s'harmonisait pas avec l'*opinio juris* qui seule pouvait lui donner la force obligatoire d'une coutume.

B) *Le traité normatif et la Coutume*

Dans le traité c'est en toute liberté que les Parties déterminent le contenu de la règle qu'elles s'engagent à observer: c'est la volonté des Parties qui entraîne leur engagement. Sans doute, en vertu de l'article 17 du Pacte de la S. D. N. toute une réglementation des-

tinée à éviter les conflits armés est imposée aux Etats « non signataires ». Mais, sans méconnaître la grande importance théorique de l'article 17 il faut noter que plusieurs Etats non membres ont déjà contesté la validité de ce texte, lequel n'a d'ailleurs été l'objet d'aucune application jusqu'à ce jour. Le cas de l'article 17 est tout à fait exceptionnel. Dans les rapports entre Etats une obligation *contractuelle* ne peut être assumée que *volontairement* par celui auquel elle s'impose : un traité est le résultat d'un accord de *volontés*; même s'il comporte des règles permanentes et à portée générale, il reste un contrat dont la force obligatoire réside dans la règle *pacta servanda* et par conséquent ne lie que ceux qui ont signé et ratifié ledit traité (16).

(16) En ce sens, voir : EHRLICH, *L'interprétation des traités*, dans le Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye, t. 24, nos 60, 76 et 80.

Par contre, selon M. George SCHELLE [« Essai sur les sources formelles du Droit international » dans le Recueil GÉNY, t. III, p. 419], un traité peut être obligatoire même pour des gouvernants non signataires. Le distingué professeur de la Faculté de Droit de Paris cite à l'appui de sa thèse l'exemple des traités déterminant le statut des canaux, fleuves et détroits, traités dont les dispositions s'appliquent aux ressortissants de tous les Etats membres de la Société internationale.

A notre avis, ces traités constituent en quelque sorte une codification des règles coutumières en vigueur. Par conséquent, les Etats tiers sont liés non par la vertu propre du traité conclu entre les Etats contractants, mais par la force obligatoire de la coutume incluse dans le traité. La Cour Permanente déclare elle-même dans son arrêt Wimbledon, que les précédents des traités relatifs aux canaux de Suez et de Panama, ne sont que « la manifestation de l'opinion générale... ». C'est à ce titre seulement que les dispositions conventionnelles s'appliquent à des non-signataires. De même, la réglementation laissée à l'initiative des Etats riverains et réalisée par voie de traités particuliers ne s'applique aux Etats non-signataires que dans la mesure où elle s'harmonise avec les normes générales coutumières réglant le statut des voies d'eau internationales.

Dans la coutume, au contraire, l'obligation n'est pas assumée volontairement; elle est *imposée par l'opinio juris* impliquant la reconnaissance d'un droit préexistant dans la conscience internationale. C'est cette dernière idée que nous allons maintenant approfondir en recherchant le fondement du caractère obligatoire de la coutume internationale.

CHAPITRE III

FONDEMENT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE COUTUMIÈRE

En parfaite abstraction, le fondement dernier du Droit, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international se trouve dans l'idée de justice, notion idéale dont la valeur reste indépendante des représentations variables et imparfaites que s'en forment les consciences individuelles. Mais la coutume, source formelle du Droit, n'est pas le Droit lui-même à l'état pur, elle n'en est que l'expression humaine. C'est pourquoi les règles de droit coutumièrement constatées s'imposent aux hommes non parce qu'elles procèdent de l'idée abstraite de justice, mais parce que les hommes vivant en sociétés les *croient* à la fois conformes à cet idéal de justice et nécessaires à l'harmonie des intérêts extra étatiques. C'est en cette croyance juridique, croyance en l'ordre social que la coutume internationale puise, selon nous, sa véritable force obligatoire. Car, en réalité, n'est-ce pas un procédé quelque peu arbitraire que d'appliquer coûte que coûte les conceptions traditionnelles d'un droit privé évolué à une organisation internationale en pleine formation, et faire dériver du seul consentement les

règles d'un droit des gens devant régir les rapports de plus en plus fréquents et complexes de tous les Etats du monde? Jusqu'à la fin du XIX^e siècle il n'y a pas eu de convention où *tous* les Etats aient manifesté leur *consentement* à établir telle ou telle règle juridique. Il faut donc avant tout s'en tenir à la réalité des faits et mettre fin à une situation qui maintient le droit international dans un état voisin de celui où il se trouvait à l'époque où il est né. Pour cela, il conviendrait, selon le distingué publiciste Sud-Américain M. Alejandro ALVAREZ de créer la science des rapports internationaux en vue de procéder à la reconstruction du droit international, reconstruction devant se synthétiser dans une « Déclaration des Grands Principes du Droit des Gens » (1). A cette recherche des grands principes du droit des gens s'adonne notamment M. A. ALVAREZ dont un prochain ouvrage intitulé, croyons-nous, « La Reconstruction du Droit des gens » ne manquera pas de jeter une vive lumière sur cet important problème. Nous devons à la grande amabilité de son auteur l'avantage de connaître déjà la pensée qui inspire cette œuvre nouvelle et c'est avec l'autorisation de M. A. ALVAREZ que nous nous permettons d'exprimer ici quelques-unes de ses idées qui nous ont semblé particulièrement suggestives.

Si la société *civile* a existé dès le commencement de l'humanité et avec elle un droit pour la régir, il n'en a pas été de même de la *communauté des Na-*

(1) Vœu émis par la Conférence de codification de 1930, sur l'initiative de M. A. ALVAREZ.

tions. Pendant des siècles il n'y a eu que des groupements divers de peuples, d'Etats — dans l'ancienne acceptation de ce mot — souvent de races et civilisations différentes, habitant des continents distincts et très éloignés les uns des autres. Personne, même les juristes et les moralistes ne croyaient que les rapports entre ces diverses entités internationales devaient être soumis à des règles de droit ; ils ne dépendaient que de leur libre volonté, c'est-à-dire, de la Politique. Ce n'est qu'au XVII^e siècle par suite de diverses circonstances, notamment la formation en Europe des Etats dans l'acception moderne de ce terme, le rapprochement de plus en plus étroit entre ceux-ci, le progrès des idées, etc., qu'est née parmi les Etats de civilisation occidentale européenne la *croyance*, la *conviction* — qu'on appelle aussi *conscience juridique* — qu'ils formaient une Communauté et que leurs relations mutuelles devaient être assujetties à un ensemble de règles juridiques. C'est alors seulement qu'est né le droit des gens. Il est un vrai droit parce que ses dispositions revêtent un caractère obligatoire bien que sa sanction soit seulement de caractère immatériel : le blâme de l'opinion publique. Ainsi donc, l'origine, le fondement et la sanction du droit des gens sont de caractère essentiellement psychologique.

D'après M. ALVAREZ cette même croyance, conviction ou conscience juridique des Etats de civilisation occidentale européenne a donné naissance aux grands principes qui dominent l'ensemble des rapports internationaux, principes qui, étant donnée cette origine, se sont imposés avec force au respect des Etats.

Ceux-ci se sont rendu compte que ces principes ne dépendaient pas de leur volonté et qu'ils ne pouvaient pas les abroger. Au XVIII^e siècle sont nés d'autres grands principes d'origine doctrinaire tels : l'indépendance, la liberté, la souveraineté, l'égalité des Etats, etc. Ces principes ont eu une grande force expansive et se sont enracinés dans la conscience juridique des peuples. D'autres principes moins importants et bien des règles sont l'œuvre exclusive des juristes qui les ont tirés soit de la spéculation, soit de certains préceptes de droit positif. Les Etats ont *suivi* ces principes et ces règles sans trop se soucier de leur origine parce qu'ils les *croyaient* en vigueur et parce qu'ils facilitaient leurs rapports réciproques. C'est ainsi que sont nées les coutumes internationales ; mais ces règles sont appliquées bien avant qu'elles revêtent le caractère de coutume. Cette croyance n'est ni un consentement ni une acceptation des Etats mais leur respect, leur application. Appliquer n'est pas consentir et exécuter n'est pas créer.

Le caractère essentiellement psychologique du fondement du droit des gens, substitué au caractère volontariste que prétend lui attribuer l'Ecole positive, voilà ce sur quoi nous ne saurions trop affirmer notre plein accord avec M. A. ALVAREZ. Par la suite nous serons amenés à faire quelques réserves sur le rôle considérable que M. A. ALVAREZ assigne aux juristes dans la création de la coutume mais pour l'instant ce que nous retenons, c'est l'influence prépondérante réservée au facteur psychologique dans le fondement du droit des gens. C'est cet élément de conviction, qui

constitue la pierre de touche et la base de toute norme juridique et plus spécialement de la coutume internationale. Il nous faut maintenant analyser les autres éléments constitutifs du fondement du droit des gens car, pour nous, la coutume internationale puise sa force obligatoire non pas en une croyance ayant une origine quasi inconsciente, née d'un ensemble d'impressions vagues et indéterminées, mais en une croyance ayant un objet précis et impératif : l'ordre social, reposant à la fois sur la justice et la solidarité.

Quoiqu'on fasse, et pour reprendre la formule de M. le doyen GÉNY, nous sommes ramenés ici à « l'ir-réductible droit naturel ». L'ordre universel ne peut être établi en dehors de la conscience humaine; il ne peut se concevoir et se maintenir sans ce minimum de moralité et de justice. Mais nous sommes loin du droit naturel éternel et immuable fondé exclusivement sur la spéculation et la nature humaine. Cette loi naturelle de la conscience est coordonnée aux autres lois naturelles de la société, elle les survole en redressant seulement leurs déviations morales pour réaliser le développement harmonieux de la vie sociale. « Dans le solfège social, écrit M. BOUCAUD (2) la morale est « chant » pur dont une sociologie expérimentale est « l'accompagnement » nécessaire ».

L'accompagnement nécessaire au minimum de morale et de justice c'est le fait social, c'est la solidarité qui agit comme une contrainte, car tout besoin est une servitude. Chaque jour les forces économiques et so-

(2) BOUCAUD, *Les sources naturelles du Droit*, Recueil GÉNY, Sirey 34, t. I, p. 230.

ciales resserrent un peu plus la solidarité ou l'interdépendance entre tous les membres de la Communauté internationale qui, selon l'expression de M. L. BROCARD sont liés les uns aux autres comme les passagers d'un même navire et voués aux mêmes destinées. C'est un fait d'expérience dont la réalité s'est encore manifestée tout récemment qu'un peuple si fort soit-il ne peut plus s'isoler délibérément d'un certain groupe de nations civilisées et qu'une grande nation révolutionnaire ou conservatrice doit collaborer dans le domaine international avec les autres nations. Cette impossibilité d'isolement tient surtout à la substitution dans l'ordre international des buts économiques aux préoccupations purement politiques. Le développement industriel, le commerce, les transports, le tourisme ont multiplié et rendu à peu près constants les rapports internationaux. Que dans quelque partie du monde s'organisent des arrangements nouveaux entre producteurs ou commerçants, que s'établissent des trusts ou des cartells, immédiatement ces combinaisons nouvelles de production et d'échanges passent dans les autres secteurs de la Communauté internationale. La politique monétaire ou économique de telle ou telle nation est indiscutablement liée à celle des autres nations; toute application commerciale ou industrielle des grandes inventions scientifiques actuelles crée de nouveaux liens entre les membres de la Communauté internationale et les rend solidaires les uns des autres.

La solidarité internationale est une réalité qui ne peut être niée car elle impose ses exigences. « La civi-

lisation moderne, écrit M. L. BROCARD (3), doit une très grande part de sa puissance et de son efficacité aux avantages matériels que les Nations trouvent à se compléter les unes par les autres. Voilà le facteur le plus puissant, le plus indestructible de la solidarité internationale... L'évolution de la vie économique et de la collaboration humaine sous toutes ses formes, se fait dans le sens du développement de la solidarité internationale par le renforcement de tous les facteurs qui ont contribué à l'engendrer ». Mais une société qui se laisserait aller aveuglément au déterminisme animal des forces économiques, serait bientôt menacée de décadence et de régression, l'ordre social n'existerait plus. Cette solidarité n'est pas brutalement imposée par les forces économiques, la satisfaction des besoins de la vie sociale *est voulue moralement* par les individus dont *la conscience réclame le respect du minimum de moralité et de justice*. L'ordre social ne peut être réalisé que par l'accord des lois sociologiques et des lois morales, par la satisfaction consentie des besoins de la vie sociale. Sur cet ordre social ainsi défini, le facteur psychologique va maintenant exercer toute l'influence que nous lui avons reconnue avec M. A. ALVAREZ et déterminer ainsi le vrai fondement de la force obligatoire de la règle coutumière. La règle de droit, coutumièrement constatée est obligatoire, non parce qu'elle est idéalement juste, non parce qu'elle est imposée par la froide nécessité sociale, mais

(3) L. BROCARD, *Principes d'économie nationale et internationale*, 1931, t. III, pp. 85, 96.

parce que les hommes ont la conviction qu'étant à la fois juste et nécessaire, elle réalise l'ordre social (4).

Pour conclure, citons l'opinion du professeur d'Oxford, J.-L. BRIERLY (5) : « Nous sommes tous contraints d'agir comme si nous étions convaincus de la réalité d'un ordre objectif à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir ».

(4) Ce n'est pas par souci d'une vaine originalité que nous donnons ici à la force obligatoire de la coutume un fondement différent de ceux qui, jusqu'à ce jour, lui ont été reconnus par les publicistes les plus notoires. Mais la diversité même des solutions apportées à ce problème nous autorise peut-être à profiter des apports constants et variés de la doctrine pour tenter une explication en relation encore plus étroite avec les réalités de la vie internationale.

(5) J.-L. BRIERLY, *Le fondement du caractère obligatoire du Droit international* (Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1928, t. III, p. 549).

CHAPITRE IV

LA COUTUME ET LES AUTRES MODES DE CONSTATATION DU DROIT

Après avoir constaté l'existence et la reconnaissance de la coutume, source de Droit international, après avoir étudié le processus de sa formation et le fondement de sa force obligatoire, nous pouvons maintenant envisager l'article 38 dans son ensemble et nous demander quels peuvent être les rapports de la coutume avec les autres sources du Droit international.

Nous ne nous occuperons plus ici de la valeur relative du traité, de la coutume et des principes généraux ; pour nous ce sont là trois modes différents de constatation du droit, mais trois modes de constatation d'un même droit : le droit objectif existant dans la conscience sociale. Par conséquent, aucune hiérarchie de valeur ne peut exister entre traité, coutume, principes généraux, et, ainsi que nous l'avons établi plus haut l'ordre suivi par l'article 38 vise un autre but : assurer les Etats qui se soumettent à la juridiction de la Cour que pour dire le droit, les juges ne font appel à un moyen de preuve de constatation complexe qu'à défaut d'autre règle, dont la précision plus

grande écarte toute contestation. En général, traité, coutume, principes généraux, contiennent des normes dont la reconnaissance est de plus en plus difficile à établir, toutefois cette hiérarchie ne sanctionne aucune gradation de force obligatoire, elle est seulement organisée en vue d'une technique opportune. Mais l'étude comparative de la coutume et des autres sources du Droit international ne se ramène pas au seul examen de cette question de rapports hiérarchiques : la transformation, l'abrogation des règles coutumières, le rôle que peut jouer la coutume dans l'interprétation des traités, les conflits entre coutumes, l'intimité des principes généraux du Droit et de la coutume, l'influence de la doctrine dans l'élaboration et la constatation de la règle coutumière, toutes ces questions naissent des rapports entre les différentes sources du droit, et se rattachent parfois très étroitement au vaste problème de la coutume en Droit international. C'est à l'examen des aspects les plus intéressants de ces différents problèmes que nous consacrerons le dernier chapitre de notre étude.

Section I

La Coutume et le traité

Pratiquement la question du conflit entre la coutume et le traité ne se pose que très rarement. Cela tient surtout à l'absence d'un « ordre public international » limitant la liberté des contractants comme le fait en droit interne l'article 6 du Code civil. Tant qu'il n'existe pas d'ordre public international, le respect d'une norme coutumière ne peut pratique-

ment pas être imposé à deux Etats, qui par traité, déclarent faire toutes réserves à l'égard de l'établissement de la dite norme coutumière. Dans l'affaire Kummerow (1), la sentence arbitrale rendue entre l'Allemagne et le Vénézuéla par la Commission mixte de 1903, précise que « tout pays a le pouvoir et le droit de différer d'opinion sur une règle ou sur un principe de Droit international, même si celui-ci est accepté par tous les autres pays ». Cependant, de plus en plus nettement apparaît l'existence d'un ordre international coutumier, lequel ne saurait être violé par des traités particuliers. Ainsi, la conscience collective du milieu international admet comme étant d'ordre public le principe de la protection légale de l'Etranger. Dès lors il est certain qu'un traité qui méconnaîtrait ce droit de l'Etranger à la légalité, serait juridiquement nul car il ne pourrait abroger même dans les rapports particuliers des Etats contractants, une règle coutumière exprimant la conviction collective dominante. Serait également nul un traité passé entre deux puissances maritimes en vue d'écarter, dans leurs relations mutuelles, la règle coutumière générale de la liberté des mers. Il en serait encore de même d'un traité tendant à ne plus accorder les immunités coutumièrement reconnues aux agents diplomatiques. Tout comme des contrats illicites de droit privé, ces différents traités seraient dépourvus de caractère obligatoire (2).

(1) DESCAMP et RENAULT, *Recueil international des traités du XX^e siècle*, 1903, p. 783.

(2) En ce sens, voir Ch. de VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du Droit international*. Recueil GÉNY, t. III, p. 394, et LE FUR, *Précis de Droit international public*, n° 365.

Cependant si le traité ne peut en tant que manifestation de volonté aller à l'encontre d'une coutume bien établie, par contre comme mode de constatation de *l'opinio juris*, il peut très bien préciser la portée d'une règle coutumière ou déceler une évolution de la conscience internationale. La Convention des détroits du 30 mars 1856 a précisé l'application de la coutume, selon laquelle les détroits des Dardanelles et du Bosphore sont fermés aux navires de guerre : « Sa Majesté le Sultan... déclare qu'il a la ferme résolution de maintenir à l'avenir le principe invariablement établi *comme ancienne règle* de son empire, et en vertu duquel il a été de tous temps défendu aux bâtiments de guerre des Puissances étrangères d'entrer dans les Détroits des Dardanelles et du Bosphore, et que tant que la Porte se trouve en paix, Sa Majesté n'admettra aucun bâtiment de guerre étranger dans lesdits Détroits » (3).

La Déclaration de Paris de 1856, sur le droit de la guerre maritime, la Convention de Genève de 1864, sur le traitement des blessés, la Convention de La Haye de 1899, relative à l'ouverture des hostilités, la Convention de La Haye de 1907 « concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre » tous ces textes réglementant par écrit le droit de la guerre, n'ont fait que codifier en les précisant des coutumes préexistantes, relatives aux devoirs et obligations des belligérants.

(3) STRUPP, *Documents pour servir à l'histoire du droit des gens*, 2^e édition, 1923, t. 1, p. 406.

Mais le traité ne se borne pas à organiser l'application des règles coutumières ; il peut aller plus loin et parfois énoncer des principes franchement contraires à ceux que consacre la coutume. Dans ce cas à lui seul il ne crée pas une nouvelle règle de droit positif international juridiquement obligatoire, mais il vaut en tant que mode de constatation d'une évolution de la conscience internationale. Et les autres nations en agissant conformément aux dispositions de ce traité qui n'est pas obligatoire pour elles, affirment la transformation de la coutume et l'admission de la nouvelle règle dans la conscience internationale. C'est ainsi que la Déclaration de Vienne de 1815, l'Acte général de Berlin de 1885 et l'Acte général de Bruxelles de 1790, en proclamant l'abolition de l'esclavage se sont montrés nettement hostiles aux conceptions contemporaines qui légitimaient la traite des noirs. A elle seule la Déclaration de Vienne ne pouvait imposer à la Communauté internationale le respect des principes nouveaux qu'elle énonçait. Mais cette « Déclaration » constituait un indice certain d'une évolution de l'*opinio juris* de certaines communautés civilisées. Les autres Etats appliquant peu à peu dans leurs rapports réciproques les dispositions de ce traité qu'ils n'avaient pas signé ou concluant à leur tour des accords contraires à la pratique de la traite des noirs, la conscience juridique internationale progressivement conquise à la doctrine nouvelle a, par là même apporté à cette dernière la force obligatoire dont s'est trouvée privée la coutume ancienne. Une autre coutume est née déri-

vant des traités qui constatent la nouvelle orientation de l'*opinio juris* (4).

Inversement il peut arriver qu'une coutume aille à l'encontre d'un traité. La coutume écartera la règle contractuelle si la conviction juridique régnante est manifestement opposée au respect des dispositions édictées par le traité. Mais ici il faut faire preuve d'une très grande prudence, car si la règle *pacta sunt servanda* ne constitue pas le fondement exclusif du droit des gens, néanmoins elle reste la norme juridique essentielle sur laquelle s'appuie de la manière la plus concrète, la croyance commune à l'ordre social. Dès lors si la conscience juridique internationale estime que le respect de la règle *pacta servanda* est plus indispensable au maintien de l'ordre social que l'admission des principes nouveaux, le traité restera en vigueur et vaudra contre la prétendue coutume qui lui était opposée, laquelle en réalité ne constituait qu'un simple usage puisque dépourvue de tout élément intellectuel et partant de force obligatoire. Mais si dans la croyance commune des Etats l'ordre social se trouve compromis par le maintien des principes contenus dans le traité, alors, mais alors seulement, une violation de la règle *pacta servanda* peut être envisagée et

(4) Convention de Saint-Germain-en-Laye de 1919 ayant pour objet la révision de l'acte général de Berlin de 1885 et de l'acte général de Bruxelles de 1890.

Convention de Genève du 25 septembre 1926.

Traité du 17 septembre 1927 conclu entre le Royaume-Uni et l'Arabie Saoudienne.

Traité du 11 février 1934 conclu entre le Royaume-Uni et de Yemen.

Voir un compte rendu détaillé de l'activité des Nations en vue de l'abolition de l'esclavage, dans le numéro du 15 juin 1935, de « La Documentation Internationale ».

se trouver justifiée. C'est ainsi que malgré les réclamations portugaises, Lord STOWELL refusa d'appliquer un traité anglo-portugais de 1654 où les contractants s'étaient mutuellement promis, même au cas où ils seraient neutres, d'arracher les prises faites par un belligérant contre l'un d'eux. Et pour justifier son attitude, Lord STOWELL invoque à bon droit la « conception moderne du droit des gens » (*the modern understanding of the law of nations*), selon laquelle une puissance neutre ne peut arracher à un belligérant les prises qu'il a légitimement faites (5). Un autre exemple (6) tout actuel illustre encore d'une façon frappante le système juridique que nous venons d'exposer :

Le bombardement des villes non fortifiées a été formellement condamné par les conventions signés à la deuxième Conférence de la paix de La Haye de 1907, par presque tous les Etats du monde (article 25 de l'Annexe à la Convention IV, relative aux « lois et coutumes de la guerre sur terre » et article 1 de la Convention IX « concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre »). Il semblait donc que ce principe humanitaire était définitivement acquis et que les populations des villes étaient assurées qu'elles n'auraient pas à souffrir de tels actes de guerre. Or, après la signature de ces conventions par suite de la mise en pratique de l'aviation comme moyen d'attaque, on admet actuellement que les forces aériennes peuvent bombarder les villes — ce qui,

(5) Y. GOUET, *La Coutume en Droit constitutionnel interne et en Droit constitutionnel international*, p. 141.

(6) Extrait des documents communiqués par M. A. ALVAREZ.

du reste, a eu lieu au cours de la grande guerre et a lieu à l'heure présente en Ethiopie. — Toutes les puissances qui ont une aviation, comptent sur ce moyen d'attaque et toutes ont un grand souci de la protection de leurs propres villes contre ce risque. Ainsi les traités qui proclamaient le principe du non bombardement ont perdu toute efficacité et ont été abrogés par une coutume contraire, parce que sous l'empire des nécessités de la vie internationale, une évolution s'est produite dans la conscience juridique des peuples, et la coutume contemporaine a acquis l'appui de l'*opinio juris* au détriment du traité, qui dès lors n'est plus obligatoire.

Incontestablement le traité anglo-portugais de 1654 et la Convention de La Haye de 1907, nous fournissent deux exemples très nets d'abrogation pure et simple par la coutume, de règles posées par le traité. On pourrait encore citer le cas de l'avis n° 14. Commission européenne du Danube, où la Cour estime qu'une situation de fait génératrice d'une coutume s'est peu à peu substituée à la situation juridique telle qu'elle résultait des actes pertinents : Règlement de 1911 et Instructions de 1913.

Mais les rapports entre la coutume et le traité sont rarement aussi brutaux et de même que le traité collabore utilement avec la coutume en codifiant et précisant les mornes juridiques qu'elle constate, de même la coutume vient parfois au secours du traité en éclairant l'interprétation de ses dispositions obscures et en comblant les lacunes éventuelles de son texte.

L'examen de la jurisprudence de la Cour démontre que pour dégager la portée et le véritable sens d'un traité il est indispensable de replacer celui-ci au sein de l'activité internationale coutumière. « On peut imaginer telle hypothèse », écrit l'éminent juriste M. N. POLITIS (7) « où les règles posées dans un traité ont été dans leur application, constamment élargies, rendues plus souples, plus compréhensibles, plus humaines, en un mot complétées par un droit nouveau constitué par les concessions réciproques des parties. Si à un moment donné on cherche à en déterminer le sens et la portée, sera-t-il possible de faire abstraction de tout ce qui s'est passé depuis leur élaboration, pour s'en tenir à la lettre des textes ou même à la pensée initiale des parties ? On ne saurait le penser ». La Cour semble bien adopter cette méthode d'interprétation. Dans l'avis consultatif n° 15, relatif à la Compétence des tribunaux de Dantzig, elle déclare que « l'intention des Parties doit être recherchée dans le contenu de l'accord **en prenant en considération la manière dont l'accord a été appliqué** ». Ce n'est là d'ailleurs que la confirmation de la thèse qu'elle avait déjà soutenue et appliquée dans un avis précédent, relatif à la compétence de l'O. I. T., en matière d'agriculture (B 2, p. 38) : « La Cour n'a pu trouver aucune ambiguïté dans la Partie XIII considérée dans son ensemble, en ce qui concerne son applicabilité à l'agriculture. La Cour ne doute pas que le travail agricole y soit

(7) N. POLITIS, *Méthodes d'interprétation du Droit international conventionnel* (Recueil GÉNY, t. III, p. 381).

Voir également : Ch. de VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du Droit international* (Recueil GÉNY, t. III, p. 394).

inclus. Si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner **la manière dont le traité a été appliqué**. Il fut signé en juin 1919 et jusqu'au mois d'octobre 1921, aucune des Parties contractantes ne mit en question que l'agriculture rentrât dans la compétence de l'O. I. T. Pendant la période intermédiaire l'agriculture avait fait l'objet de maintes discussions et par ailleurs diverses mesures la concernant avaient été prises. A lui seul cet ensemble de faits pourrait suffire pour faire pencher la balance en faveur de la compétence en matière agricole s'il y avait quelque ambiguïté ». Cette interprétation « **contemporaine et pratique** » (B13, p. 19), « **en harmonie avec le but et l'esprit** » du traité (B17, p. 32), permet d'atteindre le plus sûrement la réelle utilité pratique et les fins sociales vers lesquelles tendent les dispositions contractuelles. La conviction juridique qui a présidé à l'élaboration de la règle contenue dans le traité, trouve son expression la plus certaine dans cette *contemporanea expositio* qui selon l'expression de Sir Robert PHILLIMORE, est à déduire des actes des parties ayant précédé, accompagné ou suivi de près la conclusion du traité. Mais bien entendu, un Etat ne pourrait se prévaloir de sa propre inexécution d'une obligation pour prouver l'inexistence de cette obligation: « On ne saurait invoquer le fait que des francs-or n'ont pas été versés pour démontrer que des francs-or n'ont pas été promis » (A 20/21, p. 38). Ce n'est pas l'attitude prise par une seule des Parties après la conclusion d'un traité qui peut servir à vérifier les intentions vérita-

bles qui animaient les contractants lors de la conclusion de ce même traité, mais c'est l'examen, dans son ensemble, de la pratique générale dans laquelle le traité est plongé de toutes parts qui permet au juge de présumer pour la disposition contractuelle une interprétation conforme à l'esprit des normes coutumières. C'est ainsi que dans l'affaire de l'usine de Chorzow, la Cour repousse l'interprétation que la thèse polonaise donnait à un texte litigieux car admettre, dit-elle, « une interprétation restrictive excluant les réclamations précuniaires serait se mettre en contradiction avec **les conceptions fondamentales qui ont caractérisé le mouvement en faveur de l'arbitrage général** ». De même dans l'affaire des écoles minoritaires en Albanie, pour interpréter la Déclaration albanaise du 2 octobre 1921, relative à la protection des minorités, la Cour se réfère aux principes généraux inscrits dans les traités de minorités.

Toutefois il peut arriver que le but envisagé par le traité soit différent de celui que poursuivent les normes coutumières. Si ce but apparaît suffisamment dans le texte même du traité, nous avons vu qu'à défaut d'ordre public international, le traité peut subsister à côté de la coutume, dans la mesure où il ne viole pas l'ordre international coutumier déjà établi. Mais s'il est nécessaire de rechercher en dehors du texte le sens à donner à telle disposition obscure d'un traité de cette espèce, il semble que là encore ce soit l'interprétation contemporaine et pratique qui offre les meilleures garanties d'exactitude et aussi de sécurité; car si toutes les dispositions obscures des traités

étaient interprétées en conformité avec les principes et les règles coutumières, il est permis de penser que pour le plus grand bien des relations internationales, les Etats ne chercheraient pas à abriter sous une expression ambiguë un dessein qu'ils préférèrent ne pas avouer prématurément. C'est pourquoi, l'influence qui est actuellement reconnue à la coutume dans l'interprétation des traités, est appelée, croyons-nous, à devenir absolument prépondérante.

Enfin, à un dernier titre, la coutume pénètre dans la sphère contractuelle en suppléant au silence du texte, en précisant une réglementation que prévoit, mais n'organise pas le traité. Ainsi, il est fréquent (8) que les traités d'arbitrage contiennent une clause ainsi conçue : les Parties contractantes s'engagent à soumettre à la procédure d'arbitrage toute question litigieuse qui n'aurait pu être réglée par des procédés diplomatiques « *dans un délai raisonnable* ». Qui fixera ce délai raisonnable ? La coutume internationale. De même dans le pacte de non agression de Rio de Janeiro du 10 octobre 1933, conclu entre l'Italie et les Etats Sud-Américains, un article 3 prévoit qu'en cas de conflit entre différents Etats, les Parties Contractantes emploieront tous leurs efforts pour le maintien de la paix et à cet effet « mettront en œuvre les moyens politiques, juridiques ou économiques

(8) Voir par exemple : *Traité d'arbitrage et de conciliation entre la Confédération suisse et le Reich allemand* du 3 décembre 1921, artivle 1^{er}.

Traités de non-agression entre l'U. R. S. S. et la Lettonie, du 5 février 1932, article 4, — entre l'U. R. S. S. et l'Estonie, du 4 mai 1932, article 4.

autorisés par le droit international ». C'est encore la pratique consciente des Etats qui dans ce cas fournira au traité les éléments d'une réglementation qu'il se borne à prévoir et ne définit pas.

En résumé, il est très rare qu'un traité aille à l'encontre d'une coutume ou inversement qu'une coutume viole les dispositions d'un traité; une telle opposition peut exceptionnellement exister par suite d'une évolution de l'*opinio juris*, mais elle ne saurait se produire fréquemment sans compromettre la stabilité de l'ordre international coutumier. Normalement, traité et coutume entretiennent au contraire un régime d'étroite collaboration, le traité précisant et codifiant les règles coutumières, et la coutume facilitant l'interprétation des dispositions obscures du traité ou suppléant au silence de son texte.

Section II

La Coutume dans ses rapports avec une autre Coutume

La question des rapports de la coutume avec une autre coutume ne soulève pas beaucoup de difficultés. En fait une coutume générale peut se trouver en opposition d'une part avec une coutume à portée restreinte, respectée par un ou plusieurs Etats, d'autre part avec une autre coutume générale. Dans l'un et l'autre cas le conflit se présente et se résoud de manière très simple.

Supposons d'abord qu'une règle coutumière générale soit contredite par la coutume interne d'un Etat; la Cour a eu à connaître de cette situation particulière

dans l'affaire des écoles minoritaires allemandes en Haute-Silésie. Le représentant du Gouvernement polonais soutenait que dans la vie administrative de son pays, l'expression « année scolaire » avait un sens différent de celui qui lui est habituellement reconnu. En réalité, disait-il « sous le terme d'enfants d'une année scolaire on comprend les enfants qui, en cette année, atteignent l'âge où commencent l'obligation scolaire et les études... *la coutume s'est établie* de désigner les enfants qui entrent dans la période de l'obligation scolaire comme enfants de la première année scolaire de leurs études. Ainsi les enfants qui ont atteint l'âge de six ans avant le 1^{er} septembre 1926 sont désignés comme enfants de l'année scolaire 1926-1927. Cette manière de désigner le caractère administratif de l'année a pour raison et pour but, entre autres, de marquer une distinction entre l'année scolaire et l'année du calendrier ». La Cour repoussa fermement cette argumentation : « aucune preuve suffisante n'a été fournie », dit-elle, « qu'il y ait lieu, dans le cas présent, d'entendre par « année scolaire » autre chose que la période (septembre à juin), pendant laquelle, chaque année, l'enseignement est donné dans les écoles publiques ». En effet, dans les relations qu'il entretient avec les autres membres de la Communauté internationale, un État ne saurait écarter l'interprétation traditionnellement reconnue à une notion précisée par une coutume générale, en invoquant pour la définition de cette même notion une interprétation différente que lui fournirait une coutume administrative interne. Ce n'est là qu'une application de la loi sociale

nécessaire que M. Georges SCELLE appelle tour à tour loi du conditionnement et de la hiérarchie des ordres juridiques ou fédéralisme normatif. Pour progresser et durer, l'ordre juridique international ne doit pas être contrarié par les différents ordres juridiques sous-jacents, une coutume interne doit nécessairement céder le pas à une coutume internationale.

Mais dans le même ordre juridique international, une coutume générale peut entrer en conflit avec une autre coutume générale. Dans ce cas le problème est identique à celui que nous avons examiné plus haut en envisageant l'opposition du traité et de la coutume. Si la règle posée par une coutume ancienne tombe en désuétude ou est supplantée par une règle différente nettement établie par une coutume nouvelle, c'est que la règle ancienne ne s'harmonise plus avec l'état nouveau de la conscience juridique internationale et dès lors la coutume nouvelle est seule obligatoire puisqu'elle seule bénéficie de l'appui de l'*opinio juris*. C'est ainsi que de nouvelles conceptions de droit maritime ont eu suffisamment d'influence sur l'*opinio juris* des peuples civilisés, pour abroger insensiblement telle coutume admettant le droit à l'épave ou telle autre attribuant différents privilèges aux puissances assurant la police des mers.

Toutefois si en principe la substitution d'une coutume à une autre ne soulève pas de difficultés, pratiquement des complications peuvent surgir. L'évolution de l'*opinio juris* est généralement très lente et partant difficile à saisir; une précision, une modification et une violation de la coutume ne se différen-

cient parfois que par de très faibles nuances. Dès lors qui aura qualité pour définir et appliquer un criterium satisfaisant de discrimination ?

Et surtout que penser des premiers actes qui contredisent la règle ancienne ? Sont-ils une violation de la coutume établie et à ce titre doivent-ils être sanctionnés, ou impliquent-ils une adaptation légitime de la règle ancienne, à une orientation nouvelle de l'*opinio juris* ? Dans une communauté internationale organisée, cette question doit être nécessairement résolue, le respect des règles coutumières étant indispensable au maintien de l'ordre public international. Or, de toutes les institutions internationales actuellement existantes, la Cour permanente de La Haye est indiscutablement la plus qualifiée pour formuler, à l'aide des multiples documents qui lui sont soumis, de telles appréciations aussi délicates qu'inéluctables.

Section III

La Coutume et les principes généraux

La question des principes généraux du droit des gens a déjà fait l'objet d'études approfondies, entreprises par les auteurs les plus autorisés (9). Bien entendu nous ne pensons pas tenter, à notre tour, et en quelques pages, une étude à laquelle d'éminents juristes ont consacré de longs et savants développe-

(9) Voir notamment dans le Recueil GÉNY, tome III, les thèses présentées par MM. VERDROSS, POLITIS, LE FUR, DE VISSCHER et G. SCELLE.

Voir également la thèse de M. DEREVITSKY, *Les principes du Droit international*, Paris, 1932.

ments. Nous nous proposons seulement, d'abord d'établir notre propre position à l'égard du problème et ensuite de préciser, à l'aide de la jurisprudence de la Cour, le contenu et la nature exacte des principes généraux du droit.

Les principes généraux constituent le troisième mode de constatation, la troisième source directe du Droit international. Leur existence est formellement constatée par des textes précis, et leur autorité constamment invoquée dans les décisions arbitrales et judiciaires.

Le préambule de la quatrième Convention de La Haye, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, s'exprime de la manière suivante : « En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire *des principes du droit des gens*, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

En outre nous savons déjà que pour la solution pacifique des litiges internationaux, le recours aux principes généraux a été formellement prévu par l'article 7 de la Convention XII de La Haye relative au projet de création d'une Cour internationale des prises, par l'article 35 de l'Avant-projet du Statut de la Cour permanente, et par l'article 38 du Statut définitif. Enfin des dispositions analogues à celles de ces

différents textes sont insérées dans diverses Conventions internationales, notamment dans les traités d'arbitrage et de conciliation conclus entre l'Allemagne et la Suisse, le 3 décembre 1921 (article 5), entre l'Allemagne et la Suède, le 29 août 1924, entre l'Allemagne et la Finlande, le 14 mars 1925, entre l'Italie et les Etats Sud américains. (Traité de Rio de Janeiro, 10 octobre 1933, article 7).

Les principes généraux de droit ne sont pas seulement consacrés par des textes précis, ils le sont encore par de nombreuses décisions arbitrales et judiciaires. Nous ne voulons pas énumérer ici tous les cas où les arbitres ont fait appel aux principes généraux du droit pour résoudre les litiges qui leur ont été soumis. A la suite de sérieuses recherches entreprises par de nombreux juristes (10), la liste de ces décisions se trouve déjà très complète et par conséquent suffisamment convaincante. Citons seulement, à titre d'exemple, le passage suivant de la sentence arbitrale intervenue en 1861 entre la France et le Vénézuéla à la suite de la célèbre affaire Fabiani : « En consultant *les principes généraux du droit des gens* sur le

(10) SCHÜCKING, *Das Werk vom Haag*, t. II. 3., pp. 333 à 341.

DE LAPRADELLE et POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. II, pp. 108, 285.

SPIROPOULOS, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Völkerrecht*. Edition de l'Institut de Droit international de l'Université de Kiel, 1928, pp. 1 à 16.

VERDROSS, *Die Vergassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, pp. 57 à 59.

Les principes généraux du droit des gens, Recueil GÉNY, t. III, pp. 383 et suiv.

LE FUR, *La coutume et les principes généraux du Droit*, Recueil GÉNY, t. III, pp. 364 et suiv.

déni de justice, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées par la doctrine, on arrive à décider que le déni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité judiciaire d'exercer ses fonctions et notamment de statuer sur les requêtes qui lui sont soumises, mais aussi les retards obstinés de sa part à prononcer ses sentences »).

Les principes généraux de droit ne sont donc pas des règles à appliquer uniquement par la Cour permanente (11), mais des règles obligatoires dans la sphère internationale toute entière. L'examen des textes et de la pratique internationale le démontre amplement. De plus, comment admettre qu'un litige international puisse être tranché différemment suivant qu'il serait porté devant la Cour permanente ou devant une autre juridiction internationale à laquelle ne serait pas expressément reconnu le pouvoir d'invoquer les principes généraux ? En réalité les Etats n'ont pas entendu conférer spécialement à la Cour permanente le pouvoir de faire appel à un nouveau mode de constatation du droit; l'article 38 n'a fait que codifier une règle *coutumièrement* observée dans les différentes instances arbitrales ou judiciaires. Enfin la thèse que nous soutenons ici semble bien avoir été celle adoptée par le Comité des juristes chargé de l'élaboration du Statut de la Cour. De l'avis du baron DESCAMPS, pré-

(11) Selon l'école positiviste brillamment représentée par MM. ANZILOTTI, CAVAGLIERI, SALVIOLI, STRUPP, les principes généraux ne font pas partie du droit des gens positif. Seule la Cour Permanente est autorisée, par son statut, à y faire appel, mais les autres juridictions internationales ne peuvent les appliquer.

sident du Comité, les dispositions de l'article 38 ne donnent aux juges aucun pouvoir nouveau puisque l'application de ces règles est « de pratique courante dans les juridictions internationales ». (Procès-verbaux, p. 310). De même, d'après Lord PHILLIMORE « en général tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ce sont en fait des règles de Droit international ». (Procès-verbaux, p. 316.)

Les principes généraux sont donc une source *directe* de Droit international, source qui peut être invoquée, au même titre que les traités et les coutumes, non seulement par la Cour permanente, mais par toute autre juridiction internationale.

Après avoir ainsi établi notre base de discussion, efforçons-nous de déterminer à l'aide de la jurisprudence de la Cour, le contenu de ces « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». En fondant ses décisions sur l'article 38, alinéa 3, la Cour invoque en fait deux sortes de principes généraux : les uns admis dans la plupart des législations internes des peuples civilisés, les autres directement élaborés dans la pratique internationale.

Les premiers de ces principes dits de droit interne ne sont pas l'objet d'une reconnaissance lente et progressive; d'eux-mêmes ils s'imposent aux Etats qui les incorporent à leur législation d'une manière naturelle et pour ainsi dire inconsciente. Plutôt que des règles conformes à l'idéal de justice ce sont surtout des règles de bon sens, de logique : les règles élémentaires de toute vie en société. En recherchant dans la

pratique législative des Etats des précédents permettant de déceler l'existence d'une coutume internationale, nous avons eu déjà l'occasion d'indiquer un certain nombre de principes généraux invoqués par la

Cour : « **C'est un principe de Droit international, voire une conception générale du droit** que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer...

C'est un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales qu'une Partie ne saurait opposer à l'autre, le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première par un acte contraire au droit a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte ». (A 9, pp. 21, 31). A plusieurs reprises la Cour a fait de semblables applications des principes de la responsabilité pour faute, de la réparation du dommage, du respect de la parole donnée. Outre ces exemples assez connus, citons encore le cas de l'arrêt n° 7. Haute-Silésie, où la Cour déclare que le droit reconnu à la Pologne de procéder à certaines expropriations en Haute-Silésie est tout à fait exceptionnel, car il viole **le principe du respect des droits acquis, admis par le Droit international commun** (A 7, p. 42).

Dans l'avis n° 15. Compétence des Tribunaux de Dantzig (B 15, p. 26), la Cour énonce le principe général en vertu duquel « la compétence implique le pouvoir de décider quel est le droit matériel applicable en l'affaire à laquelle la compétence s'étend ». De même dans l'avis n° 16, relatif à l'interprétation de l'accord

gréco-turc (B 16, p. 20), la Cour pose encore le principe « qu'en règle générale tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels, a le droit de se prononcer en premier lieu lui-même sur l'étendue de ses attributions dans ce domaine ». Sans doute il s'agit là de règles pour la plupart empruntées au droit civil, mais il ne s'en suit pas pour autant que le Droit international soit subordonné au droit civil et doive nécessairement recourir à lui pour résoudre les difficultés qu'il rencontre. Il importe de faire une distinction entre le principe général qui s'impose au Droit civil comme ou Droit international et la règle répondant parfaitement au besoin de tel ou tel ordre interne, mais dont l'application ne saurait être automatiquement étendue à l'ordre international qui viendrait à connaître un besoin identique. Il en est ainsi de la stipulation pour autrui dont le cas fut soulevé devant la Cour dans l'affaire des zones franches. Selon M. Logoz, délégué de la Suisse « la stipulation pour autrui est parfaitement possible en Droit international comme en Droit national; elle n'implique aucune contradiction et elle ne comporte même aucun inconvénient pratique; elle est, au contraire fort utile et elle peut rendre d'excellents services aussi dans le domaine international par exemple lorsqu'il s'agit d'assurer des droits à des Etats futurs ou *in statu nascendi*, ou encore lorsqu'il s'agit de faire reconnaître des Etats nouveaux avec un territoire déterminé ». La Cour trouvant la solution du litige « sur la base d'un simple examen de la situation de fait relative au cas d'espèce, n'a pas besoin de se prononcer sur la mesure dans laquelle le

Droit international connaîtrait éventuellement la « stipulation pour autrui » (A 22, p. 20). Mais les opinions des juges dissidents qui, de ce fait, prennent d'autant plus de valeur, sont toutes nettement opposées au transfert dans l'ordre international de cette règle adoptée par la généralité des législations nationales. Rappelons seulement l'opinion de M. le juge NYHOLM (12) : « La Suisse invoque en vain que les stipulations ne sont pas admissibles entre Etats. C'est le principe de souveraineté qui s'y oppose. La *stipulatio in favorem tertii* est, de par sa nature, une obligation civile, qui ne sera guère applicable entre des nations avec leurs régimes constitutionnels... » D'ailleurs la Cour elle-même s'était prononcée sur la question dans un de ses arrêts antérieurs :

L'arrêt n° 7. Haute-Silésie (A 7, p. 29) : « un traité ne fait droit qu'entre les Etats qui y sont parties ; dans le doute, des droits n'en découlent pas en faveur d'autres Etats ».

Cet exemple de la stipulation pour autrui nous prouve que les principes généraux du droit dont s'inspire la Cour, ne s'identifient pas avec les règles de Droit civil reconnues par différentes législations internes, même concordantes. L'ordre international est dominé par les quelques principes irréductibles de Droit naturel ; il se soumet volontiers aux normes de Droit positif qui étant donné leur caractère général d'utilité et de logique s'appliquent entre Etats aussi bien qu'entre individus, mais les règles de pur Droit

(12) Voir les opinions de MM. les juges NEGULESCO et DREYFUS, *supra*, pp. 80, 81.

civil il ne les accueille qu'avec méfiance et n'hésite pas à les écarter si elles s'opposent à un principe de Droit des gens directement issu de la pratique internationale : tel le cas de la stipulation pour autrui, heurtant le principe de la souveraineté.

La deuxième catégorie de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées est constitué par les principes généraux de Droits des gens proprement dits, règles acceptées directement par la pratique internationale sans avoir été appliquées, au préalable, par les législations internes des Etats. Voyons si la jurisprudence de la Cour nous offre quelques exemples de ces principes que nous pourrions considérer comme appartenant spécifiquement à l'ordre juridique international.

Arrêt n° 1. *Wimbledon*. — Retenons d'abord le passage suivant de la plaidoirie de M. ITO représentant du gouvernement japonais: « Le droit international est arrivé par une évolution lente mais sûre à reconnaître le principe de la libre navigation pour un grand nombre de voies d'eau..., la thèse que nous soutenons ici... est donc conforme à **ce grand principe du droit des gens moderne de la libre navigation des voies d'eau. Ce principe est l'un des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »**. Et la Cour s'incline devant la valeur obligatoire de « **l'opinion générale** suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle mettant en communication deux mers libres, a été affectée d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels, en ce sens que le passage

même d'un navire de guerre belligérant ne compromet pas la neutralité de l'Etat souverain sous la juridiction duquel se trouvent les eaux dont il s'agit ». (A 1, p. 28).

Arrêt n° 2. *Concessions Mavrommatis*. — « C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pas pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires » (A 2, p. 12).

Arrêt n° 9. *Lotus*. — La Cour est priée de dire si la Turquie en exerçant des poursuites pénales contre le lieutenant DÉMONS « a agi en contradiction des principes du droit international — et si oui de quels principes ». Le délégué du Gouvernement français s'efforce en vain de démontrer l'existence du principe de la compétence pénale du pavillon en matière d'abordage « De l'avis de la Cour cette démonstration n'est pas concluante... la conclusion à laquelle la Cour arrive est... qu'il n'existe pas de règle de droit international relative au cas d'abordage qui réserverait les poursuites pénales à la compétence exclusive de l'Etat du pavillon » (A 10, p. 30). Par contre à plusieurs reprises et sous des expressions diverses la Cour invoque le *principe de la souveraineté de l'Etat* et l'existence d'un droit international destiné à régir les rapports de communautés *indépendantes*. « La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat » (A 10,

p. 18). A ce principe de la souveraineté de l'Etat l'imposante minorité des juges dissidents ajoutaient celui de *la liberté de la haute mer et l'application de la loi du pavillon* qui en est le corollaire.

La reconnaissance du principe de l'indépendance de l'Etat est encore affirmée dans l'avis n° 4 Décrets de Nationalité en Tunisie et au Maroc (13). Le *Mémoire* du Gouvernement français s'exprime ainsi : « Quand le *jus sanguinis* étranger n'est pas reconnu par le souverain territorial, *c'est*, d'autre part, *en droit des gens un principe constant* que l'Etat qui réclame comme ses nationaux les individus nés sur le territoire étranger, ne doit pas insister. Cette règle, qui partant de l'égale admissibilité suivant le droit des gens, du *jus sanguinis* et du *jus soli*, comme ti tres égaux à la nationalité d'origine, en déduit la conséquence « *in pari causa, melior est causa possidentis* » est universellement admise depuis un siècle... aux termes du droit des gens actuel il n'existe pas d'autre manière de trancher le conflit de lois que cette pratique directement issue du *principe de l'indépendance de l'Etat* » (C 2, pp. 23, 27).

Citons encore un autre principe de droit des gens énoncé par l'avis consultatif n° 17 (B 17, p. 32) : « **C'est un principe généralement reconnu du droit des gens** que dans les rapports entre Puissances con-

(13) Le Gouvernement français avait pris certains décrets conférant la nationalité française à un grand nombre d'individus qui, selon la législation britannique, devaient demeurer sujets anglais. La Cour donna seulement un avis consultatif sur la question de savoir si le différend était ou non de la compétence exclusive du Gouvernement français; elle ne rendit pas d'arrêt au fond, un arrangement amiable étant intervenu entre les parties en cause.

tractantes d'un traité les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles d'un traité ».

Enfin Avis n° 23. Traitement des Nationaux polonais (A/B 44, p. 23): « Le fait que le statut juridique de Dantzig est *sui generis* n'autorise pas le Gouvernement polonais à se départir des **principes usuels qui régissent les relations entre les Etats** et à établir de nouvelles règles pour les relations entre la Pologne et la Ville libre... si d'une part, **d'après les principes généralement admis** un Etat ne peut, vis-à-vis d'un autre Etat, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés, d'autre part et inversement, un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur ».

Les quelques principes auxquels nous venons de faire allusion n'ont pas été transportés des différents ordres juridiques internes dans l'ordre juridique international, ils sont nés dans le milieu intéréstatique où ils constituent immédiatement les éléments du droit international.

La Cour permanente nous ayant elle-même précisé l'interprétation qu'elle donnait aux principes généraux de droit visés par l'alinéa 3 de l'article 38, la nature exacte de ces principes généraux apparaît maintenant beaucoup plus aisément. Que l'on envisage les principes de droit interne transférés dans l'ordre international ou les principes directement issus

du milieu interétatique, en fait il s'agit toujours de normes juridiques trouvant leur appui dans la conscience juridique des peuples civilisés. Aussi, puisant leur force obligatoire à la même source que les coutumes internationales, les principes généraux du droit sont nécessairement unis aux coutumes internationales par des liens très étroits.

Les principes généraux participent largement à la formation et au développement de la règle coutumière; parfois ce sont eux qui fournissent à la pratique internationale l'élément intellectuel qui permettra l'éclosion d'une coutume. Inversement il peut se faire que tel principe général ne réussisse à se manifester aux yeux de tout le monde que grâce aux coutumes internationales qui proclameront son autorité: Les précédents des canaux de Suez et de Panama sont la manifestation concrète du principe général de la liberté de navigation. En cas d'inexécution d'un engagement international il importe de réparer « dans une forme adéquate »; où trouver les différentes modalités d'application de ce principe? Dans la pratique internationale.

Par conséquent les principes généraux étant le résultat d'une élaboration en grande partie coutumière, aucune limite précise ne peut être tracée entre eux et la coutume internationale. Ces deux sources du droit sont séparées non par une barrière fixe et étanche, mais par une large zone neutre d'interpénétration constante. C'est dans ce domaine au contenu et aux frontières imprécises que la conscience juridique internationale engendre les règles qui sous l'effet des

circonstances variable de la vie internationale, prendront la forme extérieure d'une coutume ou d'un principe général.

Section IV

La Coutume et la Doctrine

L'article 38 du Statut de la Cour prévoit enfin dans son alinéa 4 le recours aux décisions judiciaires et aux « doctrines des publicistes les plus qualifiés des diverses nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». En recherchant les précédents, preuve de coutume internationale, nous nous sommes suffisamment étendus sur le rôle joué par la jurisprudence dans la constatation des règles de droit international; c'est donc seulement l'étude de l'influence de la doctrine et des rapports existant entre la coutume et la doctrine qu'il nous reste maintenant à envisager ici.

Dans l'ordre interne comme dans l'ordre international la doctrine constate le droit existant. C'est là sa mission essentielle, et elle ne lui est pas contestée. Or, dans sa recherche des règles de droit positif le juriste est amené à opérer un tri entre les usages purement fortuits et ceux auxquels la conscience sociale reconnaît une force obligatoire. En certifiant ainsi de manière quasi officielle l'existence des usages que la masse des esprits croient obligatoires, le juriste renforce l'autorité des règles coutumières établies et contribue pour une large part au progrès du droit. Les travaux de la doctrine constituent alors pour la

preuve des règles de droit en vigueur des attestations compétentes et précises sur lesquelles le juge peut s'appuyer en toute confiance. Dans l'affaire *Paquete Habana* la Cour suprême des Etats-Unis déclare que la preuve des coutumes des Nations civilisées doit être recherchée dans les « ouvrages des juristes et des commentateurs, qui, par des années de travail, de recherches et d'expériences, ont acquis une connaissance particulièrement étroite des sujets dont ils traitent ». C'est pourquoi, devant la Cour permanente comme devant tout autre tribunal les avocats des Parties en cause, pour faire triompher leurs thèses, invoquent constamment l'autorité de la doctrine. Les opinions doctrinales, qu'elles émanent de personnes privées ou de collègues internationaux sont toujours prises en considération par la Cour et si elles n'entraînent pas nécessairement sa conviction, c'est souvent par suite de la diversité flagrante de leurs tendances. En présence des opinions divergentes qui lui étaient présentées à propos de l'affaire du *Lotus*, la Cour n'a pas manqué de signaler cette insuffisance de la doctrine comme preuve du droit coutumier (A 10, p. 26). Toutefois même lorsque les opinions des auteurs ne concordent pas, elles atteignent indirectement leur but car la pensée du juge subit inévitablement l'influence de ce flottement de la doctrine devant la valeur sociale de telle règle présentée comme obligatoire.

Mais le juriste ne se borne pas à constater l'existence des usages ayant acquis autorité coutumière, il découvre aux yeux de tout le monde et d'une manière

formelle la règle qui tout en ayant pénétré la masse des esprits n'apparaissait qu'implicitement dans les pratiques suivies; en outre par ses recherches scientifiques, par ses écrits, il exerce une influence directe et prépondérante dans la formation des idées du groupe social, en créant l'état de conscience favorable à la reconnaissance des règles de droit nouvelles. En maintenant le droit en harmonie avec les faits économiques et sociaux, en dégagant des principes fondamentaux, des règles de conduite adaptées aux nécessités nouvelles de la vie internationale, le juriste est en quelque sorte le conseiller technique de la conscience sociale. C'est la doctrine qui a dicté à la Révolution française la proclamation du grand principe de la liberté de la navigation des fleuves internationaux; c'est elle qui a dénoncé l'abus de souveraineté de la part de l'Etat qui profite de sa position territoriale pour priver les riverains d'amont du libre accès à la mer (14). « Plus encore » déclare M. ALVAREZ « des sujets de capitale importance à l'heure actuelle, tels qu'une partie du droit aérien, la personnalité internationale de l'individu, le respect international des droits de celui-ci, les droits des nationalités, celui des minorités, la question du transfert des principes du droit privé dans le droit international, la notion du délit international, etc., s'ouvrent la voie par suite des doctrines des juristes et parfois même malgré la volonté des Etats, tout fait croire que

(14) Cf. Ch. de VISSCHER, *La codification du Droit international* (Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1924, t. VI, p. 360).

bientôt ils s'incorporeront au droit des gens ». D'accord, mais en accomplissant cette haute mission, le juriste ne crée pas de règle de droit obligatoire, il s'efforce seulement, dans la limite de ses moyens, de déterminer ce qui, *selon lui*, devrait devenir règle de droit; dans l'ordre international la règle de conduite élaborée par la doctrine ne deviendra règle de droit que lorsqu'au nom des populations qu'ils représentent les *gouvernants* et non les juristes, auront extériorisé, dans la pratique internationale, la croyance au caractère obligatoire de la règle appliquée. C'est pourquoi, et l'article 38 du Statut de la Cour prend bien soin de le préciser, les opinions des publicistes ne peuvent constituer qu'un moyen *auxiliaire* et non un procédé direct de détermination des règles du droit international. M. ANZILOTTI lui aussi, est d'avis que pour démontrer l'existence d'une coutume internationale, les opinions doctrinales ne peuvent suffire « surtout, dit-il (15) si l'on rappelle qu'une grande partie des auteurs, même parmi les plus estimés, ne se sont pas préoccupés de bien déterminer le droit en vigueur en le séparant nettement de leurs idées subjectives ». Or, ainsi que le remarque encore la Cour Suprême des Etats-Unis à propos de cette même affaire *Paquete Habana*: « les tribunaux judiciaires ne doivent pas recourir [aux ouvrages de la doctrine] pour y chercher les spéculations des auteurs relatives à ce que le droit devrait être, mais pour y trouver une preuve digne de foi de ce qu'il est réellement ». Les investi-

(15) P. ANZILOTTI, *Corso di Diritto internazionale* Rome, ch. V, pp. 55 et suiv. (Extrait traduit par M. le professeur DIENA).

gations individuelles des juristes, si respectables soient-elles du point de vue scientifique, ne doivent cependant pas retenir l'attention du juge et ne sauraient être confondues avec les vraies aspirations de la conscience sociale. Parfois même les opinions doctrinales s'insurgent contre les règles coutumières établies; le juge chargé d'appliquer le droit invoquera-t-il alors la doctrine ou la coutume? Sans aucun doute, la Coutume. La Cour permanente l'a affirmé en termes catégoriques dans l'arrêt n° 21 Université Pázmázy (A/B 61, p. 231): « La Cour ne croit pas nécessaire de s'arrêter aux... arguments développés par l'agent du Gouvernement tchécoslovaque, surtout au cours de la procédure orale et tirés d'opinions individuelles plus ou moins autorisées, d'auteurs et d'hommes politiques hongrois. Dans la plupart des cas il s'agit d'opinions qui envisageaient au changement à introduire dans la situation actuelle concernant les biens de l'Université et en conséquence de manifestations politiques qui n'ont rien à faire avec la question de droit que la Cour doit résoudre. Mais en fût-il autrement et y eut-il quelque opinion privée, officieuse ou officielle qu'on pût vraiment considérer comme favorable à la thèse soutenue par le Gouvernement tchécoslovaque, **cette opinion ne pourrait en aucun cas prévaloir... sur la masse de documents clairs précis et concordants** qui démontrent la personnalité même de l'Université ».

La doctrine joue donc un rôle très important dans la formation et la constatation de la coutume. D'une part, en commentant la valeur des précédents fournis

par la pratique des Gouvernements ou les décisions des tribunaux, elle agit directement sur la conscience sociale à laquelle elle donne une orientation souvent décisive. Suivant qu'elle se montre favorable ou hostile à ces précédents elle facilite la reconnaissance de la coutume internationale ou au contraire lui oppose des résistances qui pourront parfois sérieusement compromettre son établissement. D'autre part en dégageant de la pratique internationale les usages dont le respect est l'objet d'une conviction profonde dans la conscience sociale, elle assure la constatation des coutumes existantes et travaille au progrès de la civilisation. Mais la doctrine se livrant également à des spéculations d'ordre purement subjectif, le juge ne peut avoir en elle une confiance aveugle pour la détermination des règles de droit positif ; si une opposition vient à se produire entre les tendances de la doctrine et la teneur d'une coutume internationale, le juge appliquera la coutume et ne suivra pas la doctrine, la croyance du juriste ne constituant pas à elle seule, la croyance de la conscience sociale.

CONCLUSION

Par sa Résolution du 17 avril 1935 le Conseil de la S. D. N. après avoir constaté le manquement de l'Allemagne au respect des engagements qu'elle avait contractés, a chargé un Comité de proposer toutes dispositions jugées opportunes pour rendre « le Pacte de la Société des Nations plus efficace dans l'organisation de la sécurité collective et de préciser, en particulier, les mesures économiques et financières qui pourraient être appliquées dans le cas où, désormais, un Etat, membre ou non de la Société des Nations, mettrait la paix en danger en répudiant unilatéralement ses obligations internationales ». Le 22 mai 1935 un *Memorandum français* est déjà soumis à l'approbation du Comité. Ce *Memorandum* estimant que « la préoccupation du Comité doit être bien plutôt, évitant toute controverse juridique, de faire œuvre efficace et pratique » limite ses suggestions à différentes mesures d'ordre économique et financier.

Sans nous livrer à l'examen de ces mesures qui, d'ailleurs, hâtons-nous de le dire, ne manqueraient pas d'atteindre leur but si elles étaient effectivement prises le jour où le Conseil de la S.D.N. en ordonnerait l'exécution, permettons-nous, par contre, d'émettre quelques considérations qui, bien que juridiques ne

s'opposent peut-être pas irrémédiablement à l'élaboration d'une « œuvre efficace et pratique ».

Si nous voulons exprimer l'idée force dont nous sommes absolument pénétré, après les recherches que nous avons effectuées, nous dirons que seule la conscience juridique des peuples civilisés est capable de réaliser le vrai fondement d'une organisation internationale, stable et durable.

Normalement les Etats se soumettent au droit : Il n'est pas possible de lire la correspondance diplomatique, d'assister à la loyale exécution des décisions des tribunaux internationaux, sans acquérir la ferme conviction que dans leurs relations réciproques, les Gouvernants agissent conformément à un ensemble de règles que les différentes consciences juridiques nationales considèrent comme étant le droit. Si le rapprochement des diverses conceptions du droit fait parfois apparaître bien des divergences, en réalité, il existe tout de même un fonds commun à toutes les consciences juridiques des peuples de civilisation identique. De sérieuses recherches entreprises dans les Etats vraiment *organisés*, dans les Etats où la conscience juridique existe et peut se manifester, doivent inévitablement faire apparaître chez des peuples de civilisation identique une croyance commune à la *valeur obligatoire d'un certain nombre de principes immuables*. C'est ce fonds commun qu'il importe de dégager et d'ériger en Charte constitutionnelle de l'organisation juridique du monde civilisé. Or, pour réaliser cette œuvre il n'est qu'une méthode : scruter la conscience juridique internationale dans ses deux

manifestaitons extérieures les plus directes et les plus sûres : *la coutume et les principes généraux du droit*. Certes il ne s'agit pas là d'études superficielles et hâtives, mais d'une œuvre difficile et de longue haleine. En revanche quels services immenses ne rendrait-elle pas à l'humanité. Car, aux heures angoissantes que nous vivons actuellement, les vrais fidèles du droit international ne sont peut-être pas ceux qui fermant les yeux devant le désordre qui s'est introduit dans le système politique de l'Europe depuis 1919, se refusent à entendre parler d'amendement quelqu'il soit, mais bien plutôt, ceux, qui reconnaissant franchement les vices du régime actuel et n'ayant en vue que l'établissement d'un ordre juridique réellement stable, consacrent tous leurs efforts à une organisation meilleure des relations internationales. Puissent les Gouvernements responsables se convaincre de la nécessité urgente de cette réforme, avant qu'une nouvelle guerre mondiale n'apporte avec la ruine de la civilisation occidentale, la preuve amère de ce qui aurait pu être fait pour l'éviter.

BIBLIOGRAPHIE

- ALVAREZ (A). — *La Codification du Droit international*. Paris, 1910.
— *La grande guerre européenne et la neutralité du Chili*. Paris, 1915.
- ALVAREZ et DE LAPRADELLE. — *Les données fondamentales et le grand principe du droit international moderne* (Revue générale de droit international public, 1932).
- ANZILOTTI. — *Il diritto internazionale nei guidisi interni*. Bologna, 1905.
- BASDEVANT. — *Cours professé à la Faculté de Droit de Paris*. 1932-1933.
- BORCHARD (E.-M.). — *The theory and sources of international law*. Recueil Gény, t. III, p. 328.
- BOUCAUD. — *Les sources naturelles du droit*. Recueil Gény, Sirey, 1934, t. I, p. 230.
- BOURQUIN. — *Règles générales du droit de la paix*. « Académie de Droit international de La Haye ». Recueil des cours, 1931.
- BRIERLY (J.-L.). — *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*. « Académie de droit international de La Haye ». Recueil des cours, 1928.
- BROCARD (L.). — *Principes d'économie nationale et internationale*, 1931.
- CARRÉ DE MALBERG. — *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*. Recueil Gény, t. I, p. 192.
- COBBET. — *Cases and opinions of international law*. III^e ed. 1909.
- DEREVITSKY. — *Les principes du droit international tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence de la C. P. J. I.* Thèse, Paris, 1932.

- DESCAMPS et RENAULT. — *Recueil international des traités du XX^e siècle*.
- DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*. Paris, 1923.
- EHRlich. — *L'interprétation des traités*. « Académie de droit international de La Haye ». Recueil des cours, t. 24, p. 3 et suiv.
- FUR (LE). — *La Coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public*. Recueil GénY, t. III, p. 362.
- *Précis de droit international public*, 1931.
- GENET (R.). — *Précis de jurisprudence de la C. P. J. I.* Paris, Sirey, 1933.
- GÉN Y (F.). — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919.
- GIANNI (G.). — *La Coutume en droit international*, thèse Paris, 1931.
- GOUET (Y.). — *La Coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*. Paris, 1932.
- HEILBORN. — *Les sources du droit international*. « Académie de droit international de La Haye ». Recueil des cours, 1926, t. I, p. 5 et suiv.
- LALOUÉL (H.-F.). — *Cours professé à la Faculté de droit de Nancy*, 1934-1935.
- LAPRADELLE (DE). — *Les principes généraux du droit international*. Paris. Dotation Carnegie, 1929.
- *Rapport sur l'avant-projet pour l'institution de la C. P. J. I.*, présenté au Conseil de la Société au nom du Comité consultatif des juristes. La Haye, 23 juillet 1920.
- MOORE. — *A digest of international law*. Washington, 1906.
- POLITIS (N.). — *Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel*. Recueil GénY, t. III, p. 375.
- *Les nouvelles tendances du droit international*. Paris, 1927.
- REUTER (P.). — *Etude de la règle « toute prise doit être jugée »*, thèse Nancy, 1933.

- SCELLE (G.). — *Essai sur les sources formelles du droit international*. Recueil Génv, t. III, p. 419.
- SCHÜCKING (W.). — *Das werk vom Haag*, t. II, 3, p. 333 à 341.
- SÉFÉRIADÈS. — *Principes généraux du droit international de la paix*. « Académie de droit international de La Haye ». Recueil des cours, 1930, t. IV, p. 181.
- SENN (F.). — *Cours professé à la Faculté de droit de Nancy*, 1934-1935.
- SPIROPOULOS. — *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*. Edition de l'Institut de droit international de l'Université de Kiel, 1928.
- STRUPP. — *Documents pour servir à l'histoire du droit des gens*, 2^e édition, 1923.
- *Gründzuge des positiven Völkerrechts Bonn*, 1921.
- SWOBODA. — *Les diverses sources du droit. Leur équilibre et leur hiérarchie dans les divers systèmes juridiques*. (Archives de la philosophie du droit, 1934, n^{os} 1 et 2, p. 197, 207).
- VERDROSS (A.). — *Règle générale du droit international de la paix*. « Académie de droit international de La Haye ». Recueil des cours, 1929, t. V, p. 275.
- *Die Vergassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926.
- *Les principes généraux du droit des gens*. Recueil Génv, t. III, p. 383.
- VISSCHER (Ch. de). — *La codification du droit international*. « Académie de droit international de La Haye ». Recueil des cours, 1924.
- *Contribution à l'étude des sources du droit international*. Recueil Génv, t. III, p. 394.
- WATRIN. — *Les nouvelles tendances de la C. P. J. I.*, 1931.

Revue et Publications diverses

Archives de la philosophie du droit.
Documentation internationale (La).

*Procès-verbaux des séances du Comité des Juristes, 16 juin-
14 juillet 1920, La Haye, 1920.*

*Publications de la Cour permanente de justice internationale
de La Haye.*

Publications de la Dotation Carnegie, Oxford.

Revue de droit international et de législation comparée.

Revue de droit public.

Revue générale de droit international public.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	
§ 1. — <i>Le problème de la coutume en Droit des Gens..</i>	5
§ 2. — <i>Insuffisance de la doctrine; les principales théories</i>	6
§ 3. — <i>Valeur des enseignements tirés de la jurisprudence de la C. P. J. I.</i>	8
§ 4. — <i>Plan</i>	10

PREMIÈRE PARTIE

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

*Recueil des arrêts, ordonnances et avis consultatifs
relatifs à la coutume*

1922-1935 (avis consultatif du 6 avril inclus)

Avis n° 2. O. I. T. Travail agricole - Compétence - 12 août 1922	13
Arrêt n° 1. Wimbledon - 28 juin 1923	14
Avis n° 12. Frontière turquo-iraquienne - 21 novembre 1925	22
Arrêt n° 8. Usine de Chorzow - Compétence - 26 juillet 1927	25
Arrêt n° 9. Lotus - 7 septembre 1927	32

	Pages
Avis n° 14. Commission européenne du Danube - Compétence - 8 décembre 1927	52
Arrêt n° 15. Haute-Silésie - Ecoles Minoritaires - 26 avril 1928	60
Arrêt n° 13. Usine de Chorzow - Fond - 13 septembre 1928	63
Arrêt n° 14. Emprunts serbes - 12 juillet 1929	68
Ordonnance. Zones franches - Délais - 19 août 1929..	73
Avis n° 17. Communautés gréco-bulgares - 31 juil- let 1930	81
Avis n° 18. Dantzig et l'O. I. T. - 26 août 1930....	89
Avis n° 19. Haute-Silésie - Ecoles Minoritaires - 15 mai 1931	96
Avis n° 20. Anschluss - 5 septembre 1931	100
Avis n° 22. Port de Dantzig - Stationnement - 11 dé- cembre 1931	107
Avis n° 23. Dantzig - Traitement des Polonais - 4 février 1932	110
Arrêt n° 18. Statut de Mémel (exception) - 24 juin 1932	113
Avis n° 20. O. I. T. - Travail de nuit des femmes - 15 novembre 1932	115
Arrêt n° 20. Groenland Oriental - Fond - 5 avril 1933.	118
Arrêt n° 21. Université Peter Pazmazy - 15 décem- bre 1933	123
Arrêt n° 22. Affaire franco-hellénique des phares - 17 mars 1934	127

DEUXIÈME PARTIE

LE ROLE DE LA COUTUME DANS LA FORMATION
DU DROIT INTERNATIONAL

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — <i>La coutume, source de droit international</i>	135
Section I. La coutume internationale et l'article 38 du Statut de la C. P. J. I.	135
Section II. La coutume internationale, source effective de droit pour la Cour permanente de justice internationale	143
CHAPITRE II. — <i>Formation et constatation de la coutume.</i>	147
Section I. Les Précédents, preuve de la coutume internationale	148
Section II. Les Eléments constitutifs de la coutume internationale	165
§ 1. Elément matériel	165
§ 2. Elément psychologique	176
CHAPITRE III. — <i>Fondement de la force obligatoire de la règle coutumière</i>	183
CHAPITRE IV. — <i>La coutume et les autres modes de constatation du droit</i>	191
Section I. La coutume et le traité	192

	Pages
Section II. La coutume dans ses rapports avec une autre coutume	203
Section III. La coutume et les principes géné- raux	206
Section IV. La coutume et la doctrine	219
CONCLUSION	225
BIBLIOGRAPHIE	229

Nancy, le 5 octobre 1935,
Le Président de la thèse :
LALOUEL.

Vu:
Nancy, le 8 octobre 1935,
Le Doyen de la Faculté de Droit :
SENN.

Vu et permis d'imprimer.
Nancy, le 10 octobre 1935,
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université :
BRUNTZ.



